

Die Übernahme eines Vermögens oder eines Geschäftes nach Art. 181 OR

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

GUIDO BUCHLI

von Versam (GR)

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. K. Oftinger

Juris-Verlag Zürich

1953

Die Übernahme eines Vermögens oder eines Geschäftes nach Art. 181 OR

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

GUIDO BUCHLI

von Versam (GR)

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. K. Oftinger

Juris-Verlag Zürich

1953

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 14. Juni 1952



Der Dekan:

Prof. Dr. W. Bickel

Meinem Vater
und dem Andenken meiner Mutter
gewidmet



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507222_0136

Meinem verehrten Lehrer,

Herrn Prof. Dr. K. Oftinger und
Herrn Bundesrichter Dr. S. Giovanoli

möchte ich für ihre wertvollen Anregungen und Ratschläge, die meine
Arbeit wesentlich förderten, herzlich danken.

Inhaltsverzeichnis

	Seite
1. Kapitel: Grundbegriffe	1
A. Das Vermögen	1
I. Abgrenzung des Vermögensbegriffs	1
II. Das Vermögen im allgemeinen	2
III. Der Umfang des Vermögens	5
IV. Das Vermögen im Sinne des Art. 181 OR	7
V. Das Sondervermögen als Vermögen im Sinne des Art. 181 OR	10
B. Das Geschäft	11
I. Allgemeines	11
II. Wissenschaftliche Theorien über den Begriff des Geschäftes	11
III. Das Geschäft im Sinne des Art. 181 OR	14
IV. Die Bestandteile des Geschäftes	15
V. Die Aktiven insbesondere	16
VI. Die Passiven insbesondere	21
2. Kapitel: Voraussetzungen der Haftung nach Art. 181 OR	22
I. Uebernahme; Begriff und Wesen	23
II. Uebernahme eines Vermögens oder eines Geschäftes	24
III. Uebernahme von Aktiven und Passiven	25
IV. Vertrag zwischen Uebernehmer und Urschuldner.	27
1. Wesen des Uebernahmevertrages	27
2. Vertragsvoraussetzungen	28
3. Form des Vertrages	28
4. Inhalt des Vertrages	29
5. Arten von Vermögensübernahmeverträgen	30
V. Mitteilung an die Gläubiger	34
1. Begriff und Wesen der Mitteilung	34
2. Form und Arten der Mitteilung	36
3. Inhalt der Mitteilung	37
3. Kapitel: Wirkungen zwischen den Parteien	38
A. Allgemeine Grundsätze für das Innenverhältnis zwischen Ver- äusserer und Uebernehmer bei der Uebernahme eines Vermö- gens oder eines Geschäftes.	38

I. Allgemeines. Einfluss der Begriffsbestimmungen von Vermögen und Geschäft auf das Innenverhältnis zwischen den Parteien	38
II. Der Uebernahmevertrag und sein Einfluss auf das Innenverhältnis zwischen Veräusserer und Uebernehmer	39
III. Nicht übertragbare Objekte	39
IV. Gewährleistungspflicht des Veräusserers	41
1. Allgemeines über die Gewährleistung	41
2. Die Rechtsgewährleistung	42
3. Die Gewährleistung nach Art. 197 ff. OR	44
4. Gewährleistung bei Abtretung von Forderungen	46
V. Verpflichtungen des Uebernehmers eines Vermögenskomplexes im allgemeinen	47
1. Uebernahme der Schulden gemäss Vertrag	47
2. Verpflichtungen des Uebernehmers bei unentgeltlicher Uebernahme	47
3. Verpflichtungen des Uebernehmers bei entgeltlicher Uebernahme	49
4. Verpflichtungen des Uebernehmers bei zeitweiliger Uebernahme eines Vermögens	49
B. Die Uebernahme eines Geschäftes im besonderen	51
I. Allgemeines	51
II. Pflichten des Geschäftsveräusserers	52
1. Allgemeines	52
2. Uebergabe des Geschäftes als solches	52
3. Weiterführung des Geschäftes	53
4. Konkurrenzverbot für den Veräusserer	54
III. Pflichten des Geschäftsübernehmers	58
1. Allgemeines	58
2. Uebernahme der Schulden	58
C. Erfüllung des Uebernahmevertrages	59
I. Einleitung	59
II. Allgemeines über Singular- und Universalsukzession bei der Uebernahme eines Vermögens im Sinne von Art. 181 OR ...	60
III. Die Uebertragung der aktiven Vermögensbestandteile	61
1. Uebertragung der Eigentumsrechte	61
2. Die Abtretung der Forderungsrechte	62
3. Die Uebertragung von Vertragsverhältnissen	64
4. Die Uebertragung der Immaterialgüterrechte	66

	Seite
4. Kapitel: Wirkungen und Haftung gegenüber den Gläubigern	69
A. Allgemeines und Abgrenzung	69
B. Die Schuldübernahme	69
I. Begriff	69
II. Die Schuldübernahme des OR im allgemeinen	70
C. Die Schuldübernahme im Sinne von Art. 181 OR	72
I. Die kumulative Wirkung des Schuldüberganges	72
1. Allgemeines	72
2. Wesen und Begriff der Solidarschuld	72
3. Begründung des Solidarschuldverhältnisses	73
II. Die gesetzliche Schuldübernahme	73
III. Die Uebernahme einer einzelnen Schuld	74
1. Allgemeines	74
2. Art. 178 OR: Die Nebenrechte	74
3. Art. 179 OR: Die Einreden	76
D. Die Haftung des Erwerbers gegenüber den Gläubigern	77
I. Allgemeines	77
II. Die Haftung insbesondere	78
1. Begründung	78
2. Zeitliche Begrenzung der Haftung	79
3. Gegenstand und Umfang der Haftung	79
4. Haftung bei Dahinfallen des Vermögensübernahmever- trages	80
E. Die Haftung des Veräusserers gegenüber den Gläubigern ...	81
I. Allgemeines über die Stellung des Veräusserers	81
II. Die Haftung insbesondere	82
1. Begründung	82
2. Zeitliche Beschränkung der Haftung	82
3. Umfang der Haftung des Veräusserers	83
III. Haftentlassung des Veräusserers	84

LITERATURVERZEICHNIS

- Adler K. : Passivenübergang bei Uebernahme eines Handelsgeschäftes. ArchBürgR III (Berlin 1890).
- Aubry et Rau: Cours de droit civil français (5. A. Paris 1897).
- Bachler Franz: Die Haftung des vertragsmässigen Uebernehmers gegenüber den Gläubigern des Veräusserers gemäss § 419 BGB (Diss. Breslau 1928).
- Bechstein H. : Die Gewährleistung beim Verkauf eines Handelsgeschäftes (Diss. Göttingen 1908).
- Becker H. : Obligationenrecht, Kommentar Gmür, I (2. A. Bern 1941), II (Bern 1934).
- Bekker E. : Pandekten I (Weimar 1886).
- Bekker E. : Das Zweckvermögen. ZGHR IV (Erlangen 1861).
- Beseler: System des deutschen Privatrechts I (4. A. Berlin 1885).
- Beyersdorff: Die Uebernahme eines Vermögens nach deutschem bürgerlichem Recht (Diss. Göttingen 1911).
- Binder: Der Gegenstand. ZGHR 59.
- Birkmeyer K. : Ueber das Vermögen im juristischen Sinne. (Erlangen 1879).
- Brauweiler H. : Der Vermögensbegriff im Privat- und Strafrecht (Diss. Erlangen 1910).
- Brinz Alois: Lehrbuch der Pandekten (1. A. Erlangen 1873).
- Bühler Albin: Die Vermögens-, Geschäfts- und Unternehmensübernahme nach schweizerischem Recht (Diss. Zürich 1947)
- Burkart E. : Die Verpachtung von Unternehmungen unter bes. Berücksichtigung der Rechtsprechung (Diss. Heidelberg 1937).
- Bussmann K. : Name, Firma, Marke (Berlin 1937).
- Callmann R. : Der unlautere Wettbewerb, Kommentar (Mannheim/Berlin/Leipzig 1932).
- Cendrier G. : Le fonds de commerce (Paris 1926).
- Clausen: Der Verpfändungsvertrag (Diss. Fribourg 1908).
- Colin et Capitant: Cours élémentaire de droit civil I (10. A. Paris 1942)
- Conzelmann H. : Der Begriff des Vermögens (Diss. Düsseldorf 1937).
- Cosack K. : Lehrbuch des bürgerlichen Rechts (7. A. Jena 1922).
- Crome C. : System des deutschen bürgerlichen Rechts I (Tübingen und Leipzig 1900).
- Deppeler F. : Die Schuldübernahme im schweizerischen Grundpfandrecht (Diss. Bern 1925).
- Dernburg H. : Pandekten I (8. A. Berlin 1911).
- Des Gouttes René: Cession et fusion des patrimoines et des fonds de commerce en droit suisse et en droit comparé (Diss. Genf 1938).
- Dolder Willy: Haftung aus Geschäftsübernahme nach schweiz. Recht (Diss. Basel 1923).
- Domke M. : Die Veräusserung von Handelsgeschäften (Marburg 1922).

- Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch. Kommentar I (3. A. Mannheim/Berlin/Leipzig 1930).
- Endemann W.: Das deutsche Handelsrecht (3. A. Heidelberg 1876).
- Enneccerus/Kipp/Wolf: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I (13. Bearbeitung von Nipperdey, Marburg 1931).
- Falb Fritz: Die Uebertragung der Fabrik- und Handelsmarke nach Art. 11 MSchG (Diss. Bern 1943).
- Fick F.: Das schweizerische Obligationenrecht (1. A. Zürich 1911).
- Franck W.: Die Vererbung eines Handelsgeschäfts (Diss. Erlangen 1905/1906).
- Francke Richard: Die vertragsmässige Vermögensübernahme (Diss. Borna/Leipzig 1908).
- Friedrich Walter: Geschäftspassiven bei Unternehmensveräusserung (Diss. Rostock 1934).
- Früh Peter: Die Vertragsübertragung im schweizerischen Recht (Diss. Zürich 1944).
- Gary Robert: Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel (Diss. Bordeaux 1931).
- Gazin Henri: Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique (Diss. Paris 1910).
- Gierke O.: Deutsches Privatrecht I (Leipzig 1895).
- Grave F.: Das kaufmännische Geschäft (Bremen 1905).
- Guhl Th.: Das schweizerische Obligationenrecht (4. A. Zürich 1948).
- Habermann Hans: Verkauf und Verpfändung von Handelsgeschäften. Dargestellt nach deutschem Recht und Berücksichtigung des französischen Gesetzes vom 17. 3. 1909 (Diss. Erlangen 1913).
- Hasler Georg: Die Schuldübernahme in der Theorie und im schweizerischen Recht (Diss. Zürich 1911).
- Hellwig K.: Verträge auf Leistung an Dritte (Leipzig 1899).
- Jacusi M.: Nutzungsrechte am Handelsgeschäft (Diss. Berlin 1906).
- Josserand: Cours de droit civil positif français I (2. A. Paris 1932).
- Isay R.: Das Recht am Unternehmen (Berlin 1910).
- Kellerhals F.: Die Nutzniessung am Handelsgeschäft ZSRn. F. 31 (1912).
- Klingler Louis: Die Unternehmenspacht (Diss. Zürich 1943).
- Koeltz B.: Wie haftet der vertragsmässige Uebernehmer eines Vermögens den Gläubigern des Veräusserers? (Diss. Erlangen 1901).
- Koerfer W.: Der sachenrechtliche Charakter der sogenannten immateriellen Güter (Diss. Fribourg 1930).
- Kotulla W.: Das Wesen der Vermögensübernahme im Sinne des § 419 BGB (Diss. Breslau 1927).
- Lanz Gerd: Parteiwechsel bei Miete und Dienstvertrag (Diss. Zürich 1934).
- Leonhard F.: Das bürgerliche Gesetzbuch (Berlin 1900).
- Liechti Karl: Rechtsgewährleistung und Entwehrung im schweizerischen Obligationenrecht (Diss. Bern 1927).

- Lindemann R. : Die Haftung des Niessbrauchers eines Vermögens (Diss. Erlangen 1913).
- Lyon-Caen: Traité de droit commercial III (2. A. Paris 1891).
- Macaire Paul: Les garanties de vendeur de fonds de commerce (Diss. Caen 1911).
- Meier Arnold: Die Schuldübernahme im schweizerischen Obligationenrecht (Diss. Leipzig 1909).
- Meszlény A. : Das Vermögen im bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich und im schweiz. Zivilgesetzbuch, Abh. zum schweiz. Recht 29 (Bern 1908).
- Moebius H. : Die Verpachtung eines Handelsgeschäftes (Diss. Rostock 1905).
- Mouchet J. : De la nature juridique du fonds de commerce et de son nantissement (Diss. Paris 1910).
- Nickol Gerd: Die Vermögensübernahme nach § 419 BGB (Diss. Tübingen 1933).
- Oppikofer H. : Das Unternehmensrecht in geschichtlicher, vergleichender und rechtspolitischer Betrachtung (Tübingen 1927).
- Oser-Schönenberger: Kommentar zum ZGB, Das Obligationenrecht I (2. A. Zürich 1929), II (2. A. Zürich 1936).
- Pinoli Rudolf: Der Vermögensbegriff nach dem bürgerlichen Gesetzbuch unter Berücksichtigung der historischen Entwicklung (Diss. Breslau 1913).
- Pisko O. : Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs (Wien 1907).
- Planiol/Ripert/
Boulanger: Traité élémentaire de droit civil I (4. A. Paris 1948).
- Plastara Georges: La notion juridique du patriomoine (Diss. Paris 1903).
- Puchta: Lehrbuch der Pandekten (12. A. Leipzig 1877).
- Regelsberger F. : Pandekten (Leipzig 1893).
- Reichel H. : Die Schuldmitübernahme (kumulative Schuldübernahme) (München 1909).
- Rossberg A. : Die Haftung des Vermögensübernehmers nach § 419 BGB (Diss. Erlangen 1931).
- Roussel Charles: Les garanties du vendeur de fonds de commerce (Diss. Lilli 1912).
- Rüts Alfred: Die Rechtsstellung des Erwerbers eines bestehenden Handelsgeschäftes unter Lebenden bei Fortführung der Firma (Diss. Leipzig 1907).
- Sandreuter K. M. Rechtliche Natur, Entstehung und Endigung des Markenrechts (Basel 1932).
- Schapira Martin: Das Unternehmen und seine Kennzeichen (Diss. Zürich 1935).
- Schoch Hans: Die juristische Natur der Pfändung und der Vermögensbeschlagnahme im Konkurs (Diss. Zürich 1940).
- Schurter E. : Die Theorie der Schuldübernahme und das künftige schweizerische Civilgesetzbuch ZSR 20 n. F. (Basel 1901).

- Schwarz G. : Rechtssubjekt und Rechtszweck ArchBürgR (1908).
- Schweizer Otto: Die Geschäftsübernahme mit Aktiven und Passiven durch eine Kollektiv- und Kommanditgesellschaft (Diss. Basel 1927).
- Sohm R. : Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung. ArchBürgR 28 (Berlin 1906).
- Specker K. : Die Persönlichkeitsrechte mit besonderer Berücksichtigung des Rechts auf die Ehre im schweizerischen Privatrecht. (Diss. Zürich 1911).
- Steiger F. : Schweizerisches Firmenrecht (Zürich 1938).
- Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch I (12. A. Berlin 1926).
- Streit H. H. : Beiträge zur Lehre von der Vermögensübernahme nach § 419 BGB (Diss. Göttingen 1932).
- Thommen Heinrich: Kontroversen aus dem Gebiete der Unternehmenspacht (Diss. Basel 1932).
- Treadwell G. P. : Die Geschäftsübernahme (Diss. Zürich 1913).
- v. Tuhr A. : Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts I (Leipzig 1910).
- v Tuhr/Siegwart: Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts I (2. A. Zürich 1942) II (2. A. Zürich 1944).
- Tuor P. : Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch III, Das Erbrecht (Bern 1929).
- Tuor P. : Das schweizerische Zivilgesetzbuch (5. A. Zürich 1948).
- Vaucher Ed. : La vente des fonds de commerce (Diss. Lausanne 1920).
- Vinassa W. : Die Kundschaft (Diss. Bern 1925).
- Wieland C. : Handelsrecht I (München und Leipzig 1921).
- Windscheid-Kipp: Pandekten I (9. A. Frankfurt a. M. 1906).
- Wuthenow F. : Das Wesen des Handelsgeschäftes als Gegenstand des Rechtsverkehrs (Diss. Leipzig 1910).
- Zachariä: Handbuch des französischen Zivilrechts I (8. A. Freiburg 1894).

ABKUERZUNGSVERZEICHNIS

A	= Auflage
a. a. O.	= am angeführten Ort
ArchBürgR	= Archiv für bürgerliches Recht
Arch civ Pr	= Archiv für zivilistische Praxis
BGes	= Bundesgesetz
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich vom 18. August 1896.
BGE	= Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes
BlZür	= Blätter für zürcherische Rechtsprechung
Diss.	= Dissertation
m. a. W.	= mit anderen Worten
MSchG	= Bundesgesetz betreffend der Fabrik- und Handelsmarken, der Herkunftsbezeichnungen von Waren und der gewerblichen Auszeichnungen vom 26. Sept. 1890, abgeändert durch BGes vom 21. Dezember 1928
N	= Note, Anmerkung.
n. F.	= neue Folge
OR	= BGes über das Obligationenrecht vom 30. März 1911, 18. Dezember 1936.
SJZ	= Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SchKG	= BGes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 29. April 1889
ZGB	= Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dez. 1907.
ZGHR	= Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
ZSR	= Zeitschrift für schweizerisches Recht (Basel)

1. Kapitel:

GRUNDBEGRIFFE

A. Das Vermögen

I. Der Vermögensbegriff. Seine Abgrenzung

1. Das Wort **Vermögen** ist in der Umgangssprache vor allem ein sozial-ökonomischer Begriff. Mit dem Ausspruch "etwas vermögen" wird der finanzielle und geschäftliche Herrschaftsbereich einer Person umschrieben (1). Wenn somit von einem "Vermögen" gesprochen wird, denkt man immer zuerst an ein Vermögen im wirtschaftlichen Sinne, als einen Inbegriff der einer Person zustehenden Güter. Vermögen in diesem ökonomischen Sinne ist folglich gleichbedeutend wie die wirtschaftliche Macht eines Subjektes. Diese wirtschaftliche Macht ist grösser oder kleiner, je nach der Anzahl Güter, die diesem Subjekt zur Verfügung stehen (2). Diese Begriffsbestimmung der Wirtschaftswissenschaft interessiert uns für die vorliegende Studie nicht.

2. Können wir für die Rechtswissenschaft einen eigenen Vermögensbegriff ableiten? Worin unterscheidet er sich von demjenigen der Wirtschaftswissenschaft?

a) Den Begriff des Vermögens finden wir in keinem Gesetz genau umschrieben. Doch schon im römischen Recht tritt uns die Selbständigkeit eines rechtlichen Vermögensbegriffs entgegen. Heute ist das Vermögen vielfach Gegenstand positiver Gesetzesbestimmungen (3).

b) Der juristische Begriff des Vermögens ist im Privatrecht entstanden. Dieses bezweckt eine peinliche Abgrenzung der Interessensphären einzelner Individuen (4). M.A.W. die Interessen des Einzelnen werden durch normative Gesetzesregeln geschützt. Somit entstehen für das geschützte Individuum Rechte, aber auch Pflichten (5). Rechte und Pflichten sind demnach Bestandteile des Vermögens. Aus dieser Ueberlegung ergibt sich, dass die Rechte die aktiven Bestandteile des Vermögens ausmachen. Im

1) Albin Bühler, Die Vermögens-, Geschäfts- und Unternehmensübernahme nach schweizerischem Recht (Diss. Zürich 1947) 3. Darauf deutet auch die Umschreibung v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts I (Leipzig 1910) 313: "Vermögen ist wirtschaftliche Macht".

2) Vgl. Heinrich Conzelmann, Der Begriff des Vermögens (Diss. Tübingen (1937) 21.

3) Vgl. als Beispiele die Art. 290 I, 393, 481, 745 ZGB; Art. 181, 182, 521 OR.

4) Conzelmann a.a.O. 73. Uns interessiert für die vorliegende Arbeit nur dieser privatrechtliche Vermögensbegriff. Daneben kennt aber auch das Strafrecht und das Steuerrecht einen für sich selbständigen Vermögensbegriff.

5) Conzelmann a.a.O. 75.

Gegensatz dazu sind die Pflichten die auf dem Vermögen lastenden Passiven, d.h. die Schulden. Für die Bezeichnung der Vermögensbestandteile können folglich einerseits die Ausdrücke "Rechte" und "Pflichten", anderseits aber analog auch "Aktiven" und "Passiven" verwendet werden.

c) Wir haben erwähnt, das Vermögen im wirtschaftlichen Sinne sei die Summe der einer Person zustehenden Güter. Diese Güter stellen einen Geldwert dar und dienen der Bedürfnisbefriedigung ihres Subjektes. Es ist nicht von Bedeutung, ob es sich dabei um körperliche Sachen oder um Rechte handelt (6). Den Juristen interessiert aber nicht die Sache selbst, sondern vielmehr das Recht an der Sache. Es ergibt sich dermassen wirtschaftlich eine Summe von Sachgütern und rechtlich eine Summe von Rechten an diesen Sachgütern (7). Diese Feststellung mag uns vorläufig als Abgrenzung des juristischen vom wirtschaftlichen Vermögensbegriff genügen (8).

II. Das Vermögen im Allgemeinen

1. Es kann sich in diesem Kapitel nicht darum handeln, die überaus zahlreichen Abhandlungen, die sich das Vermögen und seine Begriffsbestimmung zum Gegenstand genommen haben, eingehend zu würdigen. Wir haben erwähnt, dass sich sämtliche Gesetzgeber über diesen Punkt ausschweigen. Dieser kurze Abriss hat zwei Gründe:

a) Der Vergleich mit altem und ausländischem Recht ist von sehr grosser Bedeutung.

b) Es können sich durch den Vergleich Anhaltspunkte ergeben, die für die Bestimmung unseres Vermögensbegriffs berücksichtigt werden müssen.

2. Für das römische Recht unterscheidet Birkmeyer (9) zwischen Vermögen im objektiven und subjektiven Sinn.

a) Die universitas bonorum, d.h. eine Vielheit von Einzelgütern, ergibt das Vermögen im objektiven Sinn. Die Zusammenfassung der Rechte an den einzelnen Gütern (bona) stellt eine Quantität von Vermögensrechten dar. Diesem Komplex spricht Birkmeyer die Eigenschaft zu, ein eigenes rechtliches Schicksal zu besitzen, das dem der Summe seiner Bestandteile verschieden ist (10). Diese universitas bonorum stellt somit ein ausser der Person stehendes Rechtsobjekt dar: Das Vermögen.

6) Hans-Heinrich Streit, Beiträge zur Lehre von der Vermögensübernahme nach § 419 BGB (Diss. Göttingen 1932) 5. Noch deutlicher drückt sich Conzelmann aus a.a.O. 79, der den Ausdruck "Wertdinge" als wesentliche Bestandteile des ökonomischen Vermögensbegriffs verwendet.

7) Streit a.a.O. 5; v. Tuhr a.a.O. 318.

8) Sohm, Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung, Arch Bürg R 28 (1906) 179 ff. argumentiert ähnlich, nur geht er nicht so weit. Er unterscheidet zwischen einem objektiven und einem subjektiven Vermögen. Im objektiven Sinne ist das Vermögen ein Sachganzes. Subjektiv ist das Vermögen der Inbegriff der einem Vermögen im objektiven Sinne entsprechenden Rechte.

9) Birkmeyer, Ueber das Vermögen im juristischen Sinne (Erlangen 1879) 309.

10) Birkmeyer a.a.O. 28.

b) "In Wahrheit ist aber das Vermögen ein Ausfluss der Persönlichkeit und solange es überhaupt an eine Person geknüpft ist, auf das Innigste mit der Person verbunden" (11). Das nennt Birkmeyer das Vermögen im subjektiven Sinne und verleiht ihm in dieser Eigenschaft ein Recht. Das Recht, das Vermögen im objektiven Sinne als Ganzes zu haben, zu behalten und mit Rechtsmitteln zu verfolgen (12).

3. Die herrschende Lehre des gemeinen Rechts definiert das Vermögen als den Inbegriff der geldwerten Rechte einer Person (13). Gegen diese Ansicht der herrschenden Lehre des gemeinen Rechts wendet sich Beyersdorff (14). Für ihn ist das Vermögen die Summe der einer Person zur Befriedigung ihrer Bedürfnisse zustehenden Rechte. Im Unterschied zur herrschenden Lehre sieht er den eigentlichen Charakter des Vermögens nicht in seinem Geldwert, sondern im Gebrauchswert (15). Auch Sohm (16) verneint den Geldwert als wesentliches Merkmal des Vermögens. Zweifellos gebe es auch Vermögensrechte ohne jeglichen wirtschaftlichen Wert, die aber trotzdem zu den Vermögensrechten gezählt werden müssten. Ent-

11) Birkmeyer a. a. O. 309.

12) Birkmeyer a. a. O. 310. Gegen diese Ansicht wendet sich Brinz, Lehrbuch der Pandekten 1. A. (Erlangen 1873) 654 zit. bei Birkmeyer: "Das Vermögen als Ganzes ist ein Inbegriff von Rechten, dagegen nicht selbst ein Recht".

13) Regelsberger, Pandekten I (Leipzig 1893) 362; Windscheid-Kipp, Pandekten I (9. A. Frankfurt a. Main 1906) 178 N 1; Dernburg, Pandekten I (8. A. Berlin 1911) 49; Bekker, Pandekten I (Weimar 1886) 137. Er nennt das Vermögen einen Komplex von Rechten gewisser Art, sieht aber darin zur Hauptsache auch den Tauschwert, was auch wieder den Begriff von geldwerten Rechten ergibt. Binder, ZGHR 59, 17 ff. Beseler, System des deutschen Privatrechts (4. A. Berlin 1885) 293; Francke, Die vertragsmäßige Vermögensübernahme (Diss. Borna-Leipzig 1908) 48. Für ihn ist der Zeitpunkt massgebend, wenn er sagt: "Vermögen einer Person ist jedesmal die Gesamtheit der geldwerten rechtlichen Beziehungen, in denen die Person im kritischen Augenblicke steht". Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I (7. A. Jena 1922) § 49; Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts I (Tübingen und Leipzig 1900) 170: "Durch Zusammenfassung der geldwerten Rechte einer bestimmten Person erhält man den Begriff des dieser Person zustehenden Vermögens". Er betrachtet demnach die Vermögensfähigkeit mit der Rechtsfähigkeit als identisch. Noch weiter als die bisher genannten Vertreter dieser Lehre geht Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte (Leipzig 1899) 57 ff., wenn er sagt, dass das Vermögen nur die wirtschaftliche Macht vertritt, und dass die Gesamtheit der geldwerten Rechte das Aktivvermögen ausmachen. Otto v. Gierke, Deutsches Privatrecht I (Leipzig 1895) 277: "Der in Geld schätzbare wirtschaftliche Wert". v. Tuhr, a. a. O. 314, nennt den Geldwert ein äusseres Kennzeichen des Vermögens.

14) Beyersdorff, Die Uebernahme eines Vermögens nach deutschem bürgerlichem Recht (Diss. Göttingen 1911) 10.

15) Beyersdorff a. a. O. 11.

16) Sohm, Arch Bürg R 28 (1906) 183.

scheidend ist für ihn die Eigenschaft, über das Vermögen verfügen zu können (17).

4. Als Einheitsmoment des Vermögens wird von der herrschenden Lehre die Subjektsbeziehung betrachtet (18). Aber auch in diesem Punkte gehen die Ansichten sehr stark auseinander (19).

5. Auch die französische Lehre mag in diesem Zusammenhang Erwähnung finden. Colin (20) stellt vor allem zwei Gruppen gegenüber: Vermögensrechte und Familienrechte. Auch für ihn ist der Geldwert entscheidend, wenn er sagt: "On désigne sous ce nom l'ensemble des rapports de droit, appréciable en argent, qui ont pour sujet actif ou passif une même personne" (21).

Weniger deutlich drücken sich Aubry et Rau (22) aus: "Le patrimoine est l'ensemble des biens d'une personne, envisagé comme formant une universalité de droit". Einigkeit herrscht in der französischen Lehre darin, dass das Vermögen eine Einheit mit Beziehung auf die Person darstelle (23).

-
- 17) Die gleiche Ansicht vertreten: Enneccerus/Nipperdey, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I (13. Bearbeitung Marburg 1931) 216; Leonhard, Das bürgerliche Gesetzbuch (Berlin 1900) 153. Diese These erleidet zwar insofern eine Abschwächung, als er zwischen Vermögensrechten mit und ohne Geldwert unterscheidet.
- 18) v. Tuhr a. a. O. 320: "Das Vermögen wird zu einer Einheit zusammengefasst durch das Subjekt"; Regelsberger a. a. O. 362; Windscheid-Kipp a. a. O. 178; Puchta, Lehrbuch der Pandekten (12. A. Leipzig 1877) 51; Conzelmann a. a. O. 77: Er begründet die Person als Einheitsmoment damit, dass nach juristischer Auffassung die Person selbst Inbegriff von Beziehungen ist.
- 19) Bekker a. a. O. 137: Er konstruiert als einigendes Moment ein aktiv vermögensfähiges Etwas, den Vermögenskern; Otto v. Gierke a. a. O. 277 nennt die Werteinheit, womit er wohl sagen will, dass der im Vermögen enthaltene Wert dasselbe einigt; Meszlény, Das Vermögen im bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich und im schweizerischen Zivilgesetzbuch, ASR 29 (Bern 1908) 3: "Das Vermögen wird durch seine einheitliche Zweckbestimmung zusammengehalten". Schwarz, Arch Bürg R 32, 17 ff.
- 20) Colin et Capitant, Cours élémentaire de droit civil I (10. A. Paris 1942)
- 21) Ähnlich Josserand, Cours de droit civil positif français I (2. A. Paris 1932) 353: "L'ensemble des valeurs pécuniaires, positives ou négatives, ressortissant à une même personne". "Le patrimoine est une notion d'ordre essentiellement pécuniaire. Les droits, qui n'ont pas de signification pécuniaire restent en dehors du patrimoine". Planiol et Ripert, Traité élémentaire de droit civil I (4. A. Paris 1948) 821/822.
- 22) Aubry et Rau, Cours de droit civil français (5. A. Paris 1897) 333.
- 23) Vgl. N 20, 21, 22.

III. Der Umfang des Vermögens

1) Wir haben einleitend festgelegt, das Vermögen setze sich aus Rechten und Pflichten zusammen. Die Frage nach dem Umfange des Vermögens ist nun die, welche Rechte im Einzelnen als Vermögensrechte zum Vermögen zu zählen sind. Nach der herrschenden Lehre umfassen die Vermögensrechte: Eigentum (24) und sonstige dingliche Rechte, Forderungsrechte, Immaterialgüterrechte und das Erbrecht (25). Diese Rechte, die die Bestandteile des Vermögens ausmachen, sollen kurz erörtert werden.

2) An dieser Aufzählung der Vermögensrechte fällt vor allem auf, dass das Objekt, an dem das Recht besteht, nicht unbedingt eine körperliche Sache zu sein braucht. Diese Feststellung ergibt sich schon aus dem Gegensatz zwischen ökonomischem und rechtlichem Vermögensbegriff. Bei der Abgrenzung dieser beiden Vermögensbegriffe haben wir festgelegt, das Vermögen im ökonomischen Sinne sei eine Summe von Sachgütern. Vom rechtlichen Standpunkt aus sind diese Güter aber nur dahin interessant, als sie Objekt eines an ihnen bestehenden Rechts sein können. Zum Unterschied gegenüber dem ökonomischen Vermögen umfasst demnach das Vermögen im Rechtssinne nur die an diesen Sachgütern bestehenden Rechte. Die Sache ist hier nicht mehr Bestandteil des Vermögens. Sie hat nur soweit Bedeutung, als an ihr ein Recht besteht. Wenn es sich somit um eine körperliche Sache handelt, kann nur das an ihr bestehende Recht zum juristischen Vermögensbegriff gezählt werden (26).

Das umfassendste Recht, das an einer Sache besteht, ist das Eigentum. Folgerichtig ist es ein Vermögensrecht und als solches Vermögensbestandteil (27). Ebenfalls Vermögensrechte in diesem Sinne sind gewisse beschränkte dingliche Rechte, wie die Nutzniessung, Pfandrechte usw.

3) Neben diesen dinglichen Rechten an beweglichen und unbeweglichen Sachen gibt es zahlreiche Rechte, die keine körperliche Sache zum Objekt haben. Es zeigt sich hier ein weiteres wesentliches Unterscheidungsmerkmal des rechtlichen vom wirtschaftlichen Vermögensbegriff. Massgebend für das Vermögen im wirtschaftlichen Sinne ist lediglich die Sache als wirtschaftlicher Wert. Im Gegensatz dazu anerkennt aber die Rechtsordnung auch den Schutz rein immaterieller Interessen. Somit entstehen für das Subjekt Rechte an diesen geschützten Interessen. Zweifellos verkörpern auch diese Rechte einen Wert und können demnach zu den Vermögensrechten gezählt werden (28).

24) v. Tuhr a.a.O. 316; Enneccerus/Nipperdey a.a.O. 171; Beyerdorff a.a.O. 10; Conzelmann a.a.O. 79; Zachariä, Handbuch des französischen Zivilrechts I (8. A. Freiburg 1894) 113.

25) Conzelmann a.a.O. 81. Er setzt sich in diesem Zusammenhang mit den Begriffen Eigentum und Vermögen im speziellen auseinander. Das Eigentum ist das wichtigste, umfassendste Vermögensrecht. Umfassender als der Begriff des Eigentums ist aber derjenige des Vermögens. Das Eigentumsrecht ist somit nur ein Teil des Vermögens.

26) Bekker a.a.O. 139; Birkmeyer a.a.O. 155 ff.; v. Tuhr a.a.O. 318.

27) Vgl. N 25.

28) Vgl. dazu auch Rossberg, Die Haftung des Vermögensübernehmers nach § 419 BGB (Diss. Erlangen 1931) 7 für das BGB.

4. Neben diesen beiden Arten von Rechtsobjekten, nämlich Sachen und immateriellen Werten, die gegen aussen als Vermögensrechte in Erscheinung treten, kann auch die Person als Objekt eines Vermögensrechts aufgefasst werden (29). Der Gläubiger hat gegen die Person des Schuldners das Recht auf eine Leistung. Das ist die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner. Dermassen stellt die Forderung ebenfalls ein Vermögensrecht dar. Sie ist, neben dem Eigentum, der wichtigste Bestandteil eines Vermögensbegriffs.

5. Das Erbrecht als Vermögensrecht ist der subjektive Anspruch einer Person auf Erbfolge, der ihr durch das objektive Erbrecht zusteht (30). In diesem Sinne aufgefasst, rechnet die herrschende Lehre auch das Erbrecht zu den Bestandteilen des Vermögens (31). Es ist dies eine Folge der Begriffsbestimmung der Vermögensrechte, da die Verfechter dieser Theorie den Geldwert der Vermögensrechte als begriffswesentlich darstellen. Wir werden aber darlegen (32), dass der Geldwert für die Vermögensrechte im Sinne von Art. 181 OR nicht entscheidend ist. Die ratio legis des Art. 181 OR verlangt vielmehr, dass das Vermögen, als Gesamtheit von Vermögensrechten, übertragbar sei. Demgemäss kann das Erbrecht, das von einem Subjekt auf ein anderes nicht übertragen werden kann, nicht zu den Vermögensrechten gezählt werden.

6. Wie die juristische Natur der einzelnen Vermögensrechte, so ist auch die Frage der Schulden in ihrer Stellung zum Vermögen sehr umstritten. Unsere Methode des Vorgehens zur Abklärung dieser Frage ist dieselbe wie beim Begriff des Vermögens im allgemeinen. Es sollen einleitend die in der Literatur vertretenen Ansichten untersucht werden.

a) Birkmeyer (33) lehnt für das römische Recht die Schulden als Bestandteile des Vermögens ab. Das Vermögen ist eine Machterweiterung der Person und dient, als universitas bonorum, der Bedürfnisbefriedigung einzelner Individuen. Wenn aber die Schulden als Vermögensbestandteile anerkannt werden, so bewirken sie das Gegenteil der Zweckbestimmung des Vermögens, nämlich eine Machtverringering der Person.

b) Die Lehren des gemeinen und des deutschen bürgerlichen Rechts sind sehr widerspruchsvoll. So können nach Streit (34) die Schulden nicht als Vermögensbestandteile gewertet werden, weil sie nicht Gegenstand eines Rechts sein können. Die Miteinrechnung der Passiven ergibt einen wirtschaftlichen, nicht einen juristischen Vermögensbegriff (35). Die gegen-
teilige Ansicht geht dahin, dass analog den Rechten, auch die Pflichten ei-

29) Vgl. v. Tuhr, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts I (2. A. Zürich 1942) 7.

30) Tuor, Kommentar zum schweizerischen ZGB III, Das Erbrecht (Bern 1929) Einleitung N 3.

31) Vgl. Binder ZGHR 59, 74.

32) hinten 7.

33) a. a. O. 181.

34) a. a. O. 14.

35) a. a. O. 13. Literaturnachweis für die gleiche Ansicht: Beyersdorff a. a. O. 13 N 22.

ner Person als gleichwertige Bestandteile im Vermögen zusammengefasst werden sollen (36).

c) Die angeführten Autoren (37) bemühen sich aber ausschliesslich, die Stellung der Schulden zum Vermögen für die ratio legis des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches zu interpretieren. Es kann demnach, kasuistisch betrachtet, die Ansicht beider Parteien als richtig angesehen werden, da das Gesetz Aktiven und Passiven zusammen oder nur die Aktiven allein als Vermögensbestandteile betrachtet (38).

d) Die französische Lehre anerkennt einheitlich die Passiven als Vermögensbestandteile (39).

IV. Das Vermögen im Sinne des Art. 181 OR.

1. Wir haben es in Art. 181 OR mit dem juristischen Vermögensbegriff zu tun. Das Vermögen ist also eine Summe von Rechten und Pflichten einer Person (40). Es ist nicht richtig, dass, wie dies die Mehrzahl der Vertreter der herrschenden Lehre annimmt, nur Rechte darunterfallen, die einen Geldwert darstellen. Es gibt zahlreiche Vermögensrechte, die keinen in Geld ausdrückbaren Wert verkörpern (41). Das entscheidende Merkmal der Vermögensrechte im Sinne von Art. 181 OR ist somit nicht ihr Geldwert, sondern die Eigenschaft, dass sie übertragbar sind (42). Diese Tatsache unterscheidet die Vermögensrechte deutlich von den unübertragbaren Personen- und Familienrechten. Wegen ihrer Uebertrag-

36) Conzelmann a.a.O. 80; Literaturnachweis für die gleiche Ansicht bei Beyersdorff a.a.O. 13 N 21; ähnlich v. Tuhr a.a.O. 322: Aktiva sind die Rechte, aus denen das Vermögen besteht, Passiva die Verpflichtungen, die aus dem Vermögen zu erfüllen sind.

37) Vgl. die für das deutsche Recht angeführte Literatur, N 33, 34, 35, 36.

38) Beyersdorff a.a.O. 14; am deutlichsten kennzeichnet diesen Fall v. Tuhr a.a.O. 325, der diese Frage eine terminologische nennt.

39) Planiol et Ripert a.a.O. 821. Colin et Capitant a.a.O. 106: "... qui ont pour sujet actif ou passif une même personne". Jossierand a.a.O. 353: "L'ensemble des valeurs pécuniaires positives ou négatives, ressortissant à une même personne".

40) Vgl. dazu v. Tuhr, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts I (2. A. Zürich 1942) 77/78.

41) z. B. die Immaterialgüter als Vermögensrechte; vgl. dazu hinten 18 ff. Es kann aber auch ein Eigentumsrecht an Sachen bestehen, die keinen Geldwert darstellen, z. B. an einem Brief, der nur für seinen Eigentümer einen Wert besitzt. Aus dem gleichen Grunde kann auch die Forderung auf Leistung eines völlig wertlosen Gegenstandes ein Vermögensrecht darstellen. Vgl. dazu Beyersdorff a.a.O. 10/11; Sohm, zit. vorne 2 N 8, 180/181. Begrifflich gehören demnach auch diese Rechte zu den Vermögensrechten, da auch sie durch die Rechtsordnung gegen Eingriffe Dritter geschützt sind.

42) Bühler a.a.O. 4; vgl. dazu die eingehende Bearbeitung von Sohm a.a.O. 184 ff.

barkeit können diese Vermögensrechte demnach veräussert, belastet und verpachtet werden (43).

2. Art. 181 OR regelt die Uebernahme eines Vermögens mit Aktiven und Passiven. Das schweizerische Gesetz anerkennt somit die Schulden als Bestandteile des Vermögens. Es sind keine Anhaltspunkte vorhanden, die darauf hindeuten, dass die Schulden nur Lasten des Vermögens und nicht Bestandteile seien (44). Den Beweis dafür erbringt Treadwell (45), wenn er das Erbrecht heranzieht, das ja ein Recht vermögensrechtlicher Natur ist. Den Erben eines überschuldeten Nachlasses steht das Recht zur Ausschlagung zu. Er kann sich aber aus moralischen Gründen verpflichtet fühlen, trotzdem den Nachlass anzutreten. Die Nachlassschulden hat er in diesem Falle mit seinem persönlichen Vermögen zu decken. Der Nachlass stellt somit einen passiven Vermögensbestandteil dar (46).

3. Als Summe seiner Bestandteile ist das Vermögen eine Einheit. Diese Einheit des Vermögens ist aber nur relativ. Sie geht nicht so weit, dass an ihr ein einheitliches Recht besteht. Das Vermögen wird nicht Rechtsobjekt, d. h. das Vermögen kann nicht als Ganzes durch eine einheitliche Verfügung übertragen werden (47). Der Uebergang der einzelnen Vermögensrechte vollzieht sich nach den für sie geltenden speziellen Bestimmungen. (Das Eigentum muss übertragen werden, Forderungen sind abzutreten, usw.). Die einzelnen Vermögensrechte erfahren demnach ihre eigene rechtliche Behandlung, sie sind nicht voneinander abhängig. Als Einheit treten sie nur in dem Sinne auf, als sie in einer gemeinsamen Beziehung zu ihrem Träger, dem Subjekt stehen. Diese natürliche Einheit des Vermögens bleibt auch dann bestehen, wenn eine Vermehrung oder eine Verminderung des Vermögensbestandes eintritt, d. h. wenn einzelne Vermögensrechte veräussert oder übernommen werden (48).

43) Wir werden in einem andern Zusammenhang (hinten 22 ff.) darlegen, dass alle diese Rechtsgeschäfte, die den Uebergang eines Vermögens von einem Subjekt auf ein anderes begründen, dem allgemeinen Ausdruck "Uebernahme" unterstellt werden können.

44) G. P. Treadwell, Die Geschäftsübernahme (Diss. Zürich 1913) 6; ein Vermögensbegriff für das schweizerische Recht dürfe z. B. nicht aus dem SchKG gelesen werden. Treadwell weist richtig auf die spezielle Natur dieses Gesetzes hin, wonach das Vermögen nur aktive Bestandteile umfassen kann.

45) a. a. O. 5.

46) Treadwell a. a. o. 6; vgl. Art. 560 II ZGB.

47) Durch eine einheitliche Verfügung, d. h. durch Gesamtnachfolge geht das Vermögen dort über, wo es vom Gesetz vorgeschrieben ist, wie bei der Erbfolge, Vereinigung der Vermögen von Mann und Frau zum Gesamtgute bei der Gütergemeinschaft, (Art. 215 ZGB) Vereinigung mehrerer Aktiengesellschaften. (Art. 749 OR).

48) Es ist dies das Prinzip der Subrogation oder des Ersatzrechts. Dieses besagt, dass trotz dem Wechsel der Bestandteile die Identität des Vermögens erhalten bleibt, d. h. das Vermögen behält nach aussen sein einheitliches, geschlossenes Aussehen. Vgl. dazu Treadwell a. a. O. 8; Des Gouttes, Cession et fusion des patrimoines et des fonds de commerce (Diss. Genf 1938) 10; Brauweiler, Der Vermögensbegriff im Privat- und Strafrecht (Diss. Erlangen 1910) 143 ff; Bühler a. a. O. 5.

Das Vermögen ist somit eine Einheit. Es wird zusammengehalten durch seinen Träger, das Subjekt (49). Daraus folgt, dass notwendigerweise jede Person ein Vermögen hat (50). Nicht notwendig ist aber für den Tatbestand des Art. 181 OR, dass das ganze Vermögen, das einer Person zu einer bestimmten Zeit zusteht, übertragen wird. Der Wortlaut des Art. 181 OR ist klar. Er spricht nicht von der Uebernahme eines "ganzen" Vermögens. Der Gesetzesentwurf von 1905 enthielt noch das Wort "ganz" vor dem Ausdruck Vermögen und Geschäft. Durch Streichung desselben hat der Gesetzgeber seinen Willen deutlich bekundet (51). Halten wir daher fest, dass die ratio legis des Art. 181 OR nicht das gesamte einer Person zustehende Vermögen verlangt, sondern ein Vermögen als eine Gesamtheit (52). Aus dieser Ueberlegung geht hervor, dass auch dann eine Vermögensübernahme im Sinne von Art. 181 OR vorliegt, wenn folgende Spezialfälle eintreten:

a) Der Veräußerer kann sich im Vertrag einzelne Gegenstände vorbehalten. Das Prinzip der Vertragsfreiheit erlaubt diese Vereinbarung. Ihre Wirksamkeit hängt folglich nur davon ab, ob der Komplex, der übertragen wird, tatsächlich eine Gesamtheit von Aktiven und Passiven darstellt. Ist dies der Fall, liegt immer eine Vermögensübernahme im Sinne von Art. 181 OR vor.

b) Der Vertrag nennt nicht das Vermögen, sondern nur seine wichtigsten Bestandteile. Sofern die Voraussetzung erfüllt ist, dass diese "wichtigsten" Bestandteile tatsächlich Aktiven und Passiven umfassen, fällt auch dieser Spezialfall unter die Bestimmungen des Art. 181 OR (53).

c) Es werden einzelne Teile übernommen, "die sich rechtlich oder tatsächlich als Sondervermögen darstellen" (54). Die Uebernahme eines Geschäftes mit Aktiven und Passiven ist der wichtigste Anwendungsfall eines Sondervermögens. Daraufhin deutet auch der Wortlaut des Gesetzes, indem es Vermögen und Geschäft durch das Bindewort "oder" einander gleichstellt (55): "Wer ein Vermögen oder ein Geschäft mit Aktiven und Passiven übernimmt, ...".

Vom Geschäft in seiner Stellung als Vermögen wird das nächste Kapitel handeln. Setzen wir uns vorerst kurz mit dem Begriff des Sondervermögens auseinander.

49) Pinoli, Der Vermögensbegriff nach dem bürgerlichen Gesetzbuch unter Berücksichtigung der historischen Entwicklung (Diss. Breslau 1913) 50.

50) So auch die französische und die herrschende Lehre des deutschen Rechts. Siehe vorne 4 N 19, 20, 21; am deutlichsten wohl Aubry et Rau a. a. O. 333: "Que toute personne a nécessairement un patrimoine, alors même qu'elle ne posséderait actuellement aucun bien". Ebenso Des Gouttes a. a. O. 10.

51) Des Gouttes a. a. O. 11.

52) Georg Hasler, Die Schuldübernahme in der Theorie und im schweizerischen Recht (Diss. Zürich 1911) 132; v. Tuhr a. a. O. II (2. A. Zürich 1944) 844.

53) v. Tuhr a. a. O. 844; Des Gouttes a. a. O. 10 und N 20.

54) v. Tuhr a. a. O. 844; Des Gouttes a. a. O. 11.

55) Hasler a. a. O. 133.

V. Das Sondervermögen als Vermögen im Sinne des Art. 181 OR.

1. Das Sondervermögen (56) ist ein selbständiger Komplex von Vermögensrechten. Wir haben vorne (Seite 8) bemerkt, das Vermögen stelle eine Einheit dar, zusammengehalten durch seinen Träger, das Subjekt. Trotz dem Bestand des Sondervermögens bleibt diese Einheit bestehen, d.h. ihre Durchbrechung ist nur darin zu sehen, dass es sich hier um ein Vermögen handelt, das einer selbständigen wirtschaftlichen Entwicklung fähig ist. Die gleiche Meinung drückt der vielfach analog gebrauchte Ausdruck "Zweckvermögen" aus (57). Es darf dabei aber nicht so weit gegangen werden, den Zweck, der diesem Sondervermögen zu Grunde liegt, als begriffswesentlich darzustellen. Es ist im konkreten Falle verschieden, welche Zweckbestimmung diese gesonderte Vermögensmasse zu einer selbständigen Entwicklung befähigt. Der Zweck spielt demnach eine untergeordnete Rolle; er ist abhängig von den persönlichen Interessen des Vermögensträgers (58).

2. Die einzelnen Vermögensrechte, die dieses Sondervermögen bilden, stellen keine, vom übrigen Vermögen gesonderte, rechtliche Einheit dar (59). Wie schon erwähnt, ist ihre Absonderung nur darin zu erblicken, dass diese Rechte als Gesamtheit einer besonderen Entwicklung fähig sind (60). Diese Ueberlegung besagt aber nicht, dass eine Person zwei Vermögen haben kann. Im eigentlichen Sinne des Wortes bleibt das Vermögen immer ein und dasselbe (61). Im Mittelpunkt bleibt das Subjekt, das das ganze Vermögen als Einheit zusammenhält (62).

56) Für das römische Recht vgl. v. Gierke II (zit. vorne 3 N 13) § 104.

57) So namentlich Bekker, Zweckvermögen, ZGHR IV (Erlangen 1861) 499 ff.

58) Oppikofer, Das Unternehmensrecht in geschichtlicher, vergleichender und rechtspolitischer Betrachtung (Tübingen 1927) 86 N 3.

59) Wenn diese gesonderte Vermögensmasse eine rechtliche Einheit darstellen würde, so würde den Gläubigern gegenüber nur dieses Vermögen haften. Das ist aber nicht der Fall. Den Gläubigern gegenüber bleibt das Subjekt mit seinem ganzen Vermögen haftbar.

60) ähnlich auch Bühler a.a.O. 7.

61) Aubry et Rau a.a.O. 333. Darauf deutet auch Art. 197 SchKG: "Sämtliches Vermögen, das dem Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung angehört, bildet, gleichviel, wo sich dasselbe befindet, eine einzige Masse, die zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger dient".

62) v. Tuhr (zit. vorne 1 N 1) 321.

B. DAS GESCHAEFT

I. Allgemeines

1. Es ist notwendig, zu Beginn der Arbeit auch für das Geschäft im Sinne von Art. 181 OR einen bestimmten Begriff festzulegen. Wie beim Vermögen, so kann das Gleiche auch hier festgestellt werden:

Die Gesetzgeber deutschen, französischen und schweizerischen Rechts haben das Geschäft nicht definiert.

2. Diese Frage ist in der Literatur sehr umstritten. Es handelt sich auch hier wiederum um die Bestimmung des juristischen Begriffs.

Unsere Methode des Vorgehens ist diese, aus den bisher gewonnenen Erkenntnissen über das Vermögen einen festen Begriff des Geschäftes für die vorliegende Arbeit festzulegen. Auch werden wir uns mit den wichtigsten Theorien, die über den juristischen Geschäftsbegriff entwickelt wurden, kurz beschäftigen müssen. Erst dann wird es sich zeigen, ob wir uns mit unserem Standpunkt (63) einer dieser Lehren anschliessen können.

II. Wissenschaftliche Theorien über den juristischen Begriff des Geschäftes.

1. Das Geschäft als Rechtssubjekt.

a) Vornehmlich in Deutschland wurde die Lehre vertreten, das Geschäft stelle eine juristische Person dar (64). Das Geschäft war somit etwas Selbständiges, vollständig Losgelöstes vom persönlichen Vermögen des Besitzers des Geschäftes. Diesem standen nur Rechte und Pflichten eines Geschäftsführers zu (65). Diese Theorie wird als überwunden angesehen. Für unser Gesetz kommt sie aus folgenden zwei Gründen nicht in Frage:

63) Wir haben vorne 10 festgelegt: Das Geschäft ist ein Vermögen, d.h. ein Sondervermögen. Als solches ist das Geschäft ein selbständig veräusserlicher Komplex von Rechten und Pflichten einer Person. Nach dem Wortlaut des Gesetzes sind die Passiven auch Bestandteile des Geschäftes. Anders Tredwell a.a.O. 12 & N 2. Er hat als Erster den Versuch unternommen, den Begriff des Geschäftes im Sinne von Art. 181 OR juristisch zu interpretieren. Er spricht dem Geschäft nur geringe Selbständigkeit zu. Aus diesem Grunde verneint er seine Eigenschaft als Sondervermögen. Seine Ansicht über den Vermögensbegriff deckt sich zwar weitgehend mit der unsrigen: Ein demselben Subjekt zustehender Komplex von Rechten und Pflichten. Das ist aber gerade das Entscheidende, dass das Geschäft als Vermögenskomplex als wichtigster Anwendungsfall im Gesetz Eingang gefunden hat. Vgl. dazu auch Hasler a.a.O. 132 ff.

64) Vaucher, La vente des fonds de commerce (Diss. Lausanne 1920) 18; daselbst ausführliche Literaturangabe für die Vertreter dieser Theorie von der juristischen Person.

65) Endemann, Das deutsche Handelsrecht systematisch dargestellt (3. A. Heidelberg 1876) 63. Er ist der Hauptvertreter dieser Theorie. Er sieht im Geschäftsführer "den ersten Diener des Geschäftes."

aa) Die Annahme, das Geschäft stelle ein Rechtssubjekt dar, würde eine endgültige Durchbrechung der Einheit des Vermögens bedeuten, die wir für unser Gesetz festgestellt haben (66).

bb) Das Geschäft als ein Vermögen ist mit der Person verbunden (67). Bei der Theorie von der juristischen Person gehört aber das Geschäft, d.h. das in ihm verkörperte Vermögen, nicht dem Besitzer des Geschäftes, sondern der ihm übergeordneten juristischen Person. Bei einer Geschäftsübertragung wechselt in diesem Falle nur der Besitzer, Aktiven und Passiven des Vermögens werden nicht verändert.

b) Zum gleichen Resultat wie die eben besprochene, führt die von Bekker vertretene Theorie des Zweckvermögens (68). Nach dieser Theorie ist das Vermögen ebenfalls ein Komplex von Werten. Diese Werte werden nun aber nicht durch die Person zusammengehalten, der das Vermögen zusteht, sondern durch den gemeinsamen Zweck, dem diese Werte dienen (69). Diese Theorie fällt folgerichtig für unseren speziellen Fall des Geschäftes weg. Wir haben ja schon für das Vermögen festgelegt, dass es durch seinen Träger, das Subjekt, geeinigt werde (70).

2. Das Geschäft als Gesamtheit von Sachen

a) Die Verfechter dieser Theorie sehen im Geschäft nicht mehr ein besonderes Rechtssubjekt, sondern objektiv eine Zusammenfassung von körperlichen und "unkörperlichen" Sachen (71). Es entsteht dadurch wohl eine Einheit, deren Elemente aber verschiedenartiger Natur und ohne rechtliche Bindung sind.

b) Wir können uns aus folgenden Gründen auch dieser Anschauung nicht anschließen:

aa) Für uns ist das Geschäft ein Sondervermögen. Als solches eine Einheit, die einer selbständigen wirtschaftlichen Entwicklung fähig ist (72). Die Elemente, die diese universitas facti bilden, sind aber zu verschiedenartig, um von einer selbständig entwicklungsfähigen Einheit sprechen zu können.

bb) Die Aktiven und Passiven sind Bestandteile des Vermögens, somit auch des Geschäftes (73). Die Theorie der Sachgesamtheit rechnet dagegen

66) Vorne 7/8; SchKG Art. 197; Vaucher a.a.O. 19.

67) Vorne 8.

68) Bekker (zit. vorne 10 N 57) 499 ff; Vaucher a.a.O. 19; Wuthenow, Das Wesen des Handelsgeschäftes als Gegenstand des Rechtsverkehrs (Diss. Leipzig 1910) 5; diese Theorie hat auch in Frankreich Anhänger gefunden. Vgl. dazu Jacques Mouchet, De la nature juridique du fonds de commerce et de son nantissement (Diss. Paris 1910) 49 ff.

69) Bekker a.a.O. 499; Klingler, Die Unternehmenspacht (Diss. Zürich 1943) 26.

70) Vorne 10/11.

71) Vaucher a.a.O. 20; daselbst ausführliche Literaturangabe; Domke, Die Veräußerung von Handelsgeschäften (Marburg 1922) 26.

72) Vorne 11/12.

73) Vorne 8.

nur mit den Aktivelementen (74). Die Passivbestandteile sind nicht mitinbegriffen.

3. Das Geschäft als Gesamtheit von Rechten und Pflichten.

Nach dieser Lehre ist das Geschäft ein Vermögen, als ein Inbegriff von Rechten und Pflichten einer Person. Und zwar stellt es sich dar als ein Sondervermögen, das infolge seiner Zweckbestimmung einer einheitlichen Entwicklung fähig ist und gegenüber dem Gesamtvermögen eine selbständige Stellung einnimmt (75). Wir ersehen aus den bisher gewonnenen Erkenntnissen über das Vermögen ohne weiteres, dass diese Theorie der ratio unseres Gesetzesartikels am nächsten kommt. Die Gründe dafür sollen weiter hinten dargetan werden (76).

4. Das Geschäft als "ökonomische Aktivität".

Halten wir eingehend fest, dass die Vertreter dieser Lehre (77) die Ausdrücke Geschäft und Unternehmen nebeneinander gleichbedeutend verwenden.

Es kann nicht unsere Aufgabe sein, die ökonomischen Fragen, die in diese Lehre hineinspielen, zu untersuchen. Diese Lehre kann uns nur soweit interessieren, als sich das Geschäft in diesem Sinne als Rechtsobjekt darstellt. Pisko nennt die "Organisation" des Geschäftes einen selbständigen Vermögenswert (78). Er versteht darunter die "Organisation der Produktionsmittel und die gesicherte Absatzgelegenheit". Indem Pisko nun eben diesen beiden Faktoren einen Vermögenswert beilegt, ergibt sich daraus folgerichtig die Uebertragbarkeit des Unternehmens als ein Vermögens- d. h. Rechtsobjekt. Seine Definition des Unternehmens lautet: (79) "Das Unternehmen im objektiven Sinne bildet eine den Erfolg einer Erwerbstätigkeit sichernde oder fördernde Organisation der Produktionsmittel oder gesicherte Absatzgelegenheit, die der Gewerbetreibende entweder durch eigene Arbeit oder durch Ueberlassung an einen Dritten zum

74) In diesem Sinne besonders Lyon-Caen, *Traité de droit commercial* III (2. A. Paris 1891) 167 N 239. Diese Definition des fonds de commerce lautet: "Sous le nom de fonds de commerce on désigne un ensemble de choses qui se rattachent à l'exercice d'un commerce, principalement l'installation matérielle, l'achalandage, l'enseigne, les marchandises en magasin, le droit au bail de lieux où s'exerce le commerce, la marque de fabrique ou de commerce que le commerçant appose sur ses marchandises". Das sind aber alles nur Aktivelemente. Vaucher a. a. O. 21.

75) Domke a. a. O. 26; daselbst weitere Literaturangabe.

76) Hinten 14 ff.

77) Pisko, Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs (Wien 1907); Isay, Das Recht am Unternehmen (Berlin 1910) Lehmann K., Lehrbuch des Handelsrechts (2. A. Leipzig 1912) Wieland, Handelsrecht I (München & Leipzig 1921).

78) a. a. O. 16 ff.

79) a. a. O. 19.

Zwecke der Förderung seiner gleichartigen Erwerbstätigkeit verwenden kann".

Diese Definition zeigt uns aber, dass auch Pisko zu den Bestandteilen des Geschäftes nur die Aktiven rechnet. Das Resultat ist somit dasselbe wie bei der vorne Seite 12 besprochenen *universitas facti* (80). Das übertragungsfähige Objekt ist ein rein wirtschaftliches, zusammengesetzt aus tatsächlichen Verhältnissen, die keine rechtlichen Tatbestände darstellen.

5. Der französich-rechtliche Begriff des fonds de commerce nach dem Gesetz von 1909.

Die Ueberschrift dieses Abschnittes darf nicht missverstanden werden. Sie ist nicht dahin zu verstehen, dass durch das Gesetz von 1909 (*loi relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce* vom 17.3.1909) ein fester Begriff des Geschäftes festgelegt worden wäre. Der Zweck des Gesetzes war vielmehr der, eine umfassende und endgültige Regelung des Verkaufs und der Verpfändung von Geschäften anzustreben (81). Interessant ist für uns die Tatsache, dass der Gesetzgeber sich keiner der vorne besprochenen Theorien angeschlossen hat. Immerhin anerkennt das Gesetz die Einheit des Geschäftes. Als solche kann es Objekt von Verträgen im Sinne dieses Gesetzes werden (82). Die Kontroverse, ob das Geschäft eine *universitas facti* oder eine *universitas iuris* darstelle, wurde dahin gelöst, dass der fonds de commerce als eine *universitas sui generis* (83) angesehen wird. Mouchet (84) schreibt dazu: "Le fonds de commerce rentre dans aucune des classifications traditionnelles de biens, reconnues par la doctrine ou par la loi. Il est un organisme sui generis et indépendant, sans pour cela jouir d'une autonomie juridique telle qu'il faille y voir un patrimoine doté d'un actif ou d'un passif".

III. Das Geschäft im Sinne des Art. 181 OR.

Wir haben vorne S. 10 festgelegt, das Geschäft sei ein Sondervermögen. Es fällt uns nun nicht mehr schwer, diese Behauptung durch die *ratio* des Art. 181 OR zu beweisen.

1. Der Text von Art. 181 OR führt ausdrücklich das Geschäft neben dem Vermögen an: "Wer ein Vermögen oder ein Geschäft übernimmt...". Das Geschäft wird demnach als selbständig veräußerlicher Komplex anerkannt und dem Vermögen gleichgestellt (85).

80) Treadwell a.a.O. 13.

81) Cendrier, *Le fonds de commerce* (Paris 1926) 1 ff.

82) Cendrier a.a.O. 54/55.

83) Domke a.a.O. 27; daselbst ausführliche Literaturangabe. Ebenfalls zit. bei Domke die Ansichten der italienischen Rechtsliteratur, die in ihrem Resultat auf dasselbe herauskommt: "Un *universitas non solo rerum, ma anche iurium*".

Des Gouttes a.a.O. 20; Vaucher a.a.O. 25.

84) Mouchet a.a.O. 150.

85) Vgl. vorne 10.

2. Das Geschäft ist ein gesondertes Vermögen im Gesamtvermögen seines Trägers. In dieser Eigenschaft bildet es ein Vermögen als Ganzes, das durch seine Zweckbestimmung einer selbständigen Entwicklung fähig ist. Diese Trennung von Geschäft und Privatvermögen ist aber nur relativ. Beide Vermögensmassen werden zusammengehalten durch ihren Träger. Dieser haftet gegenüber den Privat- und Geschäftsgläubigern mit beiden Vermögensmassen (86).

3. Das Geschäft ist eine universitas iuris, d. h. eine Gesamtheit von Rechten und Pflichten einer Person (87). Die Schulden gehören begriffsnotwendig zum Vermögen im Sinne von Art. 181 OR. Sie sind demnach auch Voraussetzung für unseren Geschäftsbegriff. Wir kommen demnach zum Resultat, dass wir unseren Geschäftsbegriff der vorne besprochenen (88) Lehre vom Geschäft als Gesamtheit von Rechten und Pflichten unterstellen können, denn nur diese Theorie anerkennt die Passiven als Geschäftsbestandteile.

4. Als Hauptanwendungsfall eines veräusserlichen Vermögenskomplexes kann somit auch das Geschäft ein selbständiges Objekt eines Vertrages sein, d. h. es kann als Gesamtheit seiner Vermögensrechte übertragen werden. Trotz dieser selbständigen Stellung, die das Geschäft gegenüber dem übrigen Vermögen einnimmt, besitzt aber das Subjekt am Geschäft kein gesondertes, der Uebertragung fähiges Recht. Das Geschäft wird nicht Rechtsobjekt, sondern seine Uebertragung vollzieht sich analog dem Vermögen durch einzelne, selbständige Akte (89).

5. Zusammenfassend kann für den Begriff des Geschäftes im Sinne von Art. 181 OR festgelegt werden: Das Geschäft ist ein Vermögen, d. h. ein Inbegriff von Rechten und Pflichten einer Person. Es ist ein Sondervermögen im Gesamtvermögen seines Trägers. Durch seine Zweckbestimmung ist es einer selbständigen Entwicklung fähig. Es ist übertragbar, aber analog dem Vermögen nur nach den für die einzelnen Vermögensrechte geltenden Bestimmungen.

IV. Die Bestandteile des Geschäftes.

1. Allgemeines.

Das Geschäft ist ein Vermögen! Daraus geht hervor, dass die Bestandteile des Geschäftes denjenigen des Vermögens ähnlich sind. Das Vorhandensein von Aktiven und Passiven auch beim Geschäft ist demnach unbestreitbar. Es ist dies das Ergebnis, das sich folgerichtig aus den beiden Begriffsbestimmungen über das Vermögen und das Geschäft ergibt (90). Und zwar stellt sich das Geschäft als ein Vermögen dar, das durch seine Zweckbestimmung einer selbständigen Entwicklung fähig ist. Hingegen sind Aktiven und Passiven des Geschäftes und des Vermögens nicht identisch. Sie müssen streng auseinandergehalten werden. Die Verschieden-

86) Vgl. vorne 10 & N 59; Treadwell a. a. O. 12; Vaucher a. a. O. 24.

87) Vorne N 75.

88) Vorne 13.

89) Bühler a. a. O. 8; vgl. vorne 8.

90) Vgl. vorne 7 ff.

heit der Bestandteilsnatur beruht auf ihrem Ursprung (91). Massgebend für eine Unterscheidung dieser Bestandteile ist somit der Zweck, der dem in Frage stehenden Vermögen, bzw. Geschäft, zu Grunde gelegt wurde (92).

2. Die Aktiven.

Es kann keine bestimmte und abschliessende Formel aufgestellt werden, was alles zu den Aktiven eines Geschäftes gerechnet werden kann. Sie sind im konkreten Falle verschieden. Bedingung ist nur, dass diese Aktiven mit dem Geschäft in einem inneren Zusammenhang stehen (93). Ferner müssen diese Aktiven, als entscheidendes Merkmal jedes Vermögensrechts, übertragbar sein.

3. Die Passiven.

Die Passiven stellen das Gegenstück zu den Aktiven des Geschäftes dar. Nach dem Wortlaut von Art. 181 OR sind es "die mit dem Geschäft verbundenen Schulden", d.h. die Schulden des von uns anerkannten selbständigen Vermögenskomplexes innerhalb des Gesamtvermögens.

V. Die Aktiven insbesondere.

1. Allgemeines.

Aufbauend auf unserer Begriffsbestimmung des Vermögens und des Geschäftes bezeichnen wir die Geschäftsaktiven als die Rechte, die dem Inhaber des Geschäftes für den Geschäftsbetrieb zustehen. Wir haben einleitend bei der Abgrenzung des Vermögensbegriffs festgestellt (94), dass uns im streng juristischen Sinne nicht die Sache selbst, sondern vielmehr das Recht an der Sache interessiert. Wenn somit im folgenden gleichwohl die Sache selbst genannt wird, ist stets das Recht an dieser Sache gemeint

91) Aehnlich Treadwell a.a.O. 14/15.

92) Vgl. hinten N 96; Oppikofer a.a.O. 86.

93) Zwei Aufzählungen seien willkürlich aus der Fülle der Literatur herausgegriffen. Domke a.a.O. 14/15: "... bewegliche und unbewegliche Sachen wie Räume, Maschinen, Geräte, Vorräte an Rohstoffen und Waren, die Barmittel und Wertpapiere, die Handelsbücher und sonstigen Urkunden über Rechtsgeschäfte und sodann die unkörperlichen Gegenstände wie die im Handelsbetrieb entstandenen Forderungen und die Rechte, die in Beziehung zu dem Betriebe des betreffenden Handelsgewerbes stehen, wie Marken-, Warenzeichen-, Urheber- und Patentrechte sowie Rechte gegenüber Angestellten, Ansprüche aus Werk- und Mietverträgen usw." Ebenfalls zu den Aktiven rechnet Domke die sogenannten Chancen, d.h. die Lage des Geschäftes, Geschäftsgeheimnisse, Beziehungen zu den Kunden.

Treadwell a.a.O. 15 ff.: "Die dinglichen Rechte, Forderungsrechte, übertragbare Persönlichkeits- und Immaterialgüterrechte". Vgl. dazu auch Wieland (zit. vorne 13 N 77) 244.

94) Vgl. vorne 2.

(95). Immerhin darf die Bedeutung der einzelnen Sache nicht überschätzt werden. Es ist im konkreten Falle verschieden, ob ein Geschäft eine grössere Anzahl beweglicher oder unbeweglicher Sachen, oder beide miteinander, in sich schliesst. Massgebend für eine Unterscheidung und Aufzählung der einzelnen Sachen ist der Zweck, der dem betreffenden Geschäft zu Grunde liegt, und seine wirtschaftliche Bedeutung (96).

2. Die dinglichen Rechte.

Die dinglichen Rechte im Sinne von Geschäftsaktiven sind entweder das Eigentum oder beschränkte Rechte an der Sache. Das Eigentum ist das umfassendste dingliche Recht an einer Sache (97). Es ist der wichtigste Bestandteil eines Vermögensbegriffs. Es erstreckt sich auf alle beweglichen (z. B. Warenlager, Maschinen, Mobiliar, Geschäftsbücher, Geld, Wertpapiere) und unbeweglichen (wie Geschäftslokalitäten, Fabrikgelände, Grundstücke usw.) Sachen, die mit dem Geschäft in einem innern Zusammenhang stehen. Die Verfügungsmacht aus dem Eigentum ergreift nicht nur die Sache selbst, sondern auch die Bestandteile und die Zugehör der Sache (98). Ebenfalls Aktivbestandteile im Vermögen eines Geschäftes sind die beschränkten dinglichen Rechte. Im Gegensatz zum Eigentum ist hier die Verfügungsmacht beschränkt. Diese geht nur auf Nutzung, Gebrauch oder Verwertung der Sache.

3. Die Forderungsrechte.

Wir haben dargetan, dass auch die Forderungsrechte aktive Bestandteile des Vermögens darstellen. Geschäftsaktiven sind diese Forderungsrechte aber nur dann, wenn sie mit dem Geschäft in einem inneren Zusammenhang stehen (99) (wie z. B. Kundenguthaben und dergleichen). Keine Forderungen im Sinne von Geschäftsaktiven sind folglich alle diejenigen Forderungen, die nicht tatsächlich aus dem geschäftlichen Verkehr eines konkreten Geschäftsbetriebes entstanden sind.

Eine weitere Voraussetzung dafür, dass eine Forderung zu den Aktiven eines Geschäftes gezählt werden kann, ist die Uebertragbarkeit der Forderung. Dieses Erfordernis ergibt sich aus der Tatsache, dass nur übertragbare Rechte als Bestandteile eines Vermögens im Sinne von Art. 181 OR in Betracht fallen (100). Folglich stellen diejenigen Forderungen, die nicht übertragen werden können, keine Geschäftsaktiven dar.

95) So kann z. B. der Röntgenapparat einer ärztlichen Praxis, die veräussert werden soll, nur dann als Aktivposten aufgeführt werden, wenn der Veräusserer tatsächlich das Eigentumsrecht daran besitzt, d. h. solange nicht noch Rechte Dritter an diesem Apparat bestehen.

96) Vorne 15 & N 92; vgl. dazu Cendrier a. a. O. 60 ff.

97) Art. 641 ZGB; vorne 5 N 27.

98) Art. 642 & 644 ZGB; vgl. dazu auch Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch I (12. A. Berlin 1926) § 25 N 23; Treadwell a. a. O. 16; Schapira, Das Unternehmen und seine Kennzeichen (Diss. Zürich 1935) 19/20).

99) Treadwell a. a. O. 9, 46; Domke a. a. O. 54.

100) Vorne 7.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes kann eine Forderung durch Gesetzesvorschrift, durch Vereinbarung zwischen den Parteien oder wegen der Natur des Rechtsverhältnisses von der Abtretung ausgeschlossen sein (Art. 164 I OR). Für den rechtlichen Bestand der Forderung ist ihr Entstehungsgrund unwesentlich. Es ist daher unerheblich, ob die Forderung aus Vertrag oder aus anderen Rechtsgründen entstanden ist. Forderungen aus Vertrag sind z. B.: Forderungen aus Kauf-, Miet- und Pachtverträgen, Dienst- und Werkverträgen, Lieferungsverträgen (101), Wechsel- und Pfandforderungen. Als ausservertragliche Forderungen können etwa genannt werden: Forderungen aus Patentverletzung, Wettbewerbsverbot, Konkurrenzverbot, Forderungen auf Schadenersatz aus den verschiedensten Haftungen, wie z. B. die Ansprüche auf Schadenersatz wegen Kreditschädigung usw.

4. Immaterielle Werte als Vermögensrechte.

a) Umfang und Abgrenzung. Es kann kein Zweifel darüber bestehen, dass die bis anhin aufgezählten Sachen und Rechte (dingliche Rechte an beweglichen und unbeweglichen Sachen und Forderungsrechte) für ein Geschäft nicht allein wesentlich sind. Denn nur mit Sachen und Rechten kann der Zweck, Gewinn zu erzielen, nicht immer erreicht werden (103). Neben diesen Rechten sind in jedem Geschäft Eigenschaften vorhanden, die durch den Wert, den sie verkörpern, aktive Vermögensbestandteile darstellen: Die immateriellen Werte. Doch darf dabei nicht soweit gegangen werden, diese immateriellen Werte als begriffswesentlich darzustellen (104). Es kann somit nicht gesagt werden, welche Bestandteile für ein bestimmtes Geschäft mehr oder weniger bedeutend sind. Das ist im konkreten Falle verschieden, je nach dem Zweck, der dem Geschäft zu Grunde liegt (105). Dieser dem Geschäft zu Grunde liegende Zweck charakterisiert folglich die Eigenart des konkreten Geschäftsbetriebes. Entweder sind es im jeweiligen Geschäft erarbeitete immaterielle Werte, die die Eigenart des jeweiligen Betriebes ausmachen, oder es sind die übrigen Vermögensrechte, (an beweglichen und unbeweglichen Sachen, Forderungsrechten etc.) die das Geschäft individualisieren. Notwendig für den Begriff des Geschäftes ist nur, dass tatsächlich Bestandteile beider Gruppen vorhanden sind, die aber, wie wir eben dargelegt haben, nicht gleichmässig verteilt sein müssen (106). Hingegen ist es für unseren Geschäftsbegriff notwendig, dass diese Verbindung von materiellen und immateriellen Werten übertragbar ist.

101) Vgl. dazu Peter Fröh, Die Vertragsübertragung im schweizerischen Recht (Diss. Zürich 1944) 122 ff.

102) Vgl. dazu die Aufzählungen bei Treadwell a. a. O. 16/17; Staub a. a. O. § 25 N 24.

103) Treadwell a. a. O. 21.

104) Besonders die französische Lehre steht auf diesem Standpunkt. Vgl. dazu Cendrier a. a. O. N 87; Hans Habermann, Verkauf und Verpfändung von Handelsgeschäften (Diss. Leipzig 1910) 7 nennt das dritte "Etwas", worunter er die immateriellen Werte versteht, begriffswesentlich. Schapira a. a. O. 28.

105) Schapira a. a. O. 30; vorne N 92.

106) Wieland a. a. O. 262; Schapira 30.

b) Die immateriellen Bestandteile sind gekennzeichnet durch die Unkörperlichkeit ihres Gegenstandes. Sie unterscheiden sich dadurch von den dinglichen Rechten an beweglichen und unbeweglichen Sachen und den Forderungsrechten (107). Ueber die rechtliche Natur dieser immateriellen Werte als aktive Geschäftsbestandteile herrscht in der Literatur Uneinigkeit. Die schweizerische Rechtssprechung hat ihre Bestandteilsnatur anerkannt und sie als Aktivbestandteile den andern Aktiven gleichgestellt (108). Zweifellos stellen die immateriellen Bestandteile im Betrieb eines Geschäftes einen Wert dar. Durch Anerkennung dieses Wertes können sie analog einem Vermögensrecht zu den Aktiven eines Geschäftes gezählt werden (109).

c) Diese Immaterialwerte, als Vermögensrechte aufgefasst, umfassen demnach:

aa) die eigentlichen Immaterialgüterrechte. Es sind dies die gewerblichen, literarischen und künstlerischen Urheberrechte (110). Sie sind übertragbar und daher bei einer Geschäftsveräußerung von grosser Bedeutung. Objekt dieser Immaterialgüterrechte ist, wie der Ausdruck besagt, ein immaterielles Gut. In diesem speziellen Falle handelt es sich dabei um geistige Erzeugnisse, Erfindungen, die wirtschaftlich verwertet werden können und demnach ein Vermögensgut darstellen. Durch den Schutz, den die Rechtsordnung diesen Erzeugnissen gegen Eingriffe Dritter gewährt, erwirbt der Schöpfer die ausschliessliche Verfügungsbefugnis über das neugeschaffene, immaterielle Gut. Dieses Recht des Schöpfers, sein neugeschaffenes immaterielles Gut ausschliesslich und allein zu verwerten, stellt sich folglich dar als ein Vermögensrecht (111).

107) Vgl. vorne 5/6.

108) BGE 22, 820; BIZüR 43 Nr. 218.

109) Aehnlich Habermann a. a. O. 10 ff.

110) Treadwell a. a. O. 17 & 45; Vgl. die betreffenden Bundesgesetze: Bundesgesetz über die gewerblichen Muster und Modelle vom 30. März 1900; Bundesgesetz über die Werke der Literatur und Kunst vom 7. Dezember 1922; Bundesgesetz über die Erfindungspatente vom 21. Juni 1907.

111) Vinassa, Die Kundschaft (Diss. Bern 1925) 105/106; Sandreuter, Rechtliche Natur, Entstehung und Endigung des Markenrechts (Diss. Basel 1932) 34. Die Lehre der Immaterialgüterrechte als Vermögensrechte wurde von Kohler (zit. bei Sandreuter a. a. O. 35 N 74) begründet und durchgeführt. Er vergleicht das ausschliessliche Recht an einem immateriellen Gut mit dem Eigentum, als ausschliessliches Recht an einer Sache. Es stehen sich folglich Eigentum und Immaterialgüterrechte, beide als Vermögensrechte, gegenüber. Diese Darstellung beweist uns auch, dass die Immaterialgüterrechte keine Persönlichkeitsrechte sein können. Kohler sagt dazu (zit. bei Sandreuter a. a. O. 35): "Wer ein neues Gut schafft, hat das Recht der ausschliesslichen ökonomischen Benutzung des Gutes, soweit dasselbe einer ausschliesslichen ökonomischen Benutzung fähig ist. Dies ist der Fundamentalsatz des Vermögensrechts".

bb) Die Rechte an gewissen Unterscheidungszeichen, wie Firma, Fabrik- und Handelsmarken (112). Diese Rechte zeichnen sich ebenfalls aus durch die Unkörperlichkeit ihres Gegenstandes, d.h. es sind Rechte an immateriellen Gütern. Der Wert, den sie verkörpern, liegt nicht im Zeichen selbst begründet und ist nach aussen auch nicht direkt erkennbar. Vermögenswert erlangen diese Zeichen erst durch dauernde Tätigkeit und durch Gebrauch und stellen demnach ein wesentliches Aktivum des Geschäftsvermögens dar (113). Im Gegensatz zu den Urheberrechten, als selbständige Immaterialgüterrechte, sind die Zeichenrechte nicht frei verwertbar. Der Wert, den diese Rechte verkörpern, entspringt dem konkreten Geschäftsbetrieb, weshalb sie an das Geschäft gebunden sind. Wir kommen somit zum Resultat, die Firma und das Recht am Warenzeichen als akzessorische Immaterialgüterrechte des Geschäftes zu bezeichnen, die nur mit demselben übertragen werden können (114).

cc) Die Rechte aus sonstigen immateriellen Werten, die auf Grund des konkreten Geschäftsbetriebes und seiner tatsächlichen Beziehungen und Verhältnisse entstehen. Zu diesen tatsächlichen Verhältnissen von Vermögenswert gehören die Kundschaft und die Chancen. Bei der Kundschaft haben wir zwei Gruppen streng auseinanderzuhalten: Die Kundschaft, die ein Geschäft tatsächlich besitzt und die zukünftige Kundschaft, d.h. die in Aussicht stehende Absatzgelegenheit. Diese Unterscheidung macht vor allem das französische Recht, indem mit dem Ausdruck "clientèle" die tatsächliche Kundschaft, mit "achalandage" die in Aussicht stehende Absatzgelegenheit bezeichnet wird. Die Kundschaft, die ein Geschäft tatsächlich besitzt, stellt eine Tatsache dar und ist in einem gewissen Sinne sogar begrenzt. Der Wert, den diese Kundschaft verkörpert, liegt nicht in den einzelnen "Kunden" selbst begründet, sondern vielmehr in den Beziehungen zu ihnen, die sich der Geschäftsinhaber durch reelle Geschäftsführung erarbeitet hat (115). Dermassen aufgefasst stellt diese Kundschaft einen bestimmbaren Wert dar und muss folglich zu den aktiven Bestandteilen eines Geschäftes gezählt werden (116). Diese Ueberlegung zeigt, dass sich die

112) Vgl. für die Firma Art. 944 ff. OR und für die Fabrik- und Handelsmarken das Bundesgesetz betr. den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken vom 22. Juni 1939.

113) Wieland a.a.O. 244; Koerfer, Der sachenrechtliche Charakter der sogenannten immateriellen Güter (Diss. Bonn 1930) 11; vgl. dazu auch die BGE 63 II 125; 70 II 249.

114) Opikofer a.a.O. 120/121; Wieland a.a.O. 265; Falb, Die Uebertragung der Fabrik- und Handelsmarke nach Art. 11 MSchG (Diss. Bern 1943) 33; Callmann, Der unlautere Wettbewerb (Mannheim - Berlin - Leipzig 1932) 33. Aus der Gebundenheit dieser Rechte an das Geschäft darf aber nicht geschlossen werden, dass sie ipso iure mit dem Geschäft übergehen. Sie müssen besonders übertragen werden, vgl. hinten 70 ff.

115) Wieland a.a.O. 247.

116) Schapira a.a.O. 24. Auch das französische Recht rechnet die clientèle d.h. die Kundschaft, die ein Geschäft tatsächlich besitzt, zu den Aktiven eines Geschäftes. Das geht aus Art. 1 II des Gesetzes über Verkauf und Verpfändung von Geschäften vom 17. 3. 09 hervor: "Il ne porte que sur les éléments du fonds énumérés dans la vente et dans l'inscription, et à défaut de désignation précise, que sur l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage."

zukünftige Kundschaft begrifflich von der übrigen, tatsächlichen Kundschaft wesentlich unterscheidet, denn sie stellt keinen selbständigen Vermögenswert dar. Sie gehört zur zweiten Gruppe dieser immateriellen Vermögenswerte, die wir unter dem Ausdruck "Chancen" zusammenfassen (117). Zu diesen Chancen gehören die tatsächlichen Verhältnisse und Beziehungen, die auf Grund des Geschäftsbetriebes Vermögenswert erlangen, aber keine konkrete Kundschaft darstellen. Wie der Ausdruck "Chancen" besagt, sind dazu alle diejenigen Faktoren im Betriebe eines Geschäftes von Vermögenswert zu rechnen, die Gewähr dafür bieten, dass ein Geschäft vorteilhaft betrieben werden kann. Folglich sind diese Werte untrennbar an das Geschäft geknüpft und nur mit demselben übertragbar. Sie gehören zu den akzessorischen Rechten des Geschäftes. Als Beispiele können genannt werden: Zweckmässige und rationelle Einrichtung und Betrieb des Geschäftes, besonders qualifizierte Arbeiter und Angestellte, Geschäftsgeheimnisse, der Kredit, den der Geschäftsinhaber bei seinen Lieferanten geniesst, guter Ruf des Geschäftes (sogen. Renommée) (118).

VI. Die Passiven insbesondere

1. Aus der Fassung des Art. 181 OR geht nicht hervor, was der Gesetzgeber mit den Schulden, die mit dem Geschäft verbunden sind, besagen will. Es entsteht für uns die Aufgabe, hier eine Grenze zu ziehen, d.h. festzulegen, unter welchen Voraussetzungen von mit dem Geschäft verbundenen Schulden gesprochen werden darf.

Es sind vor allem zwei Arten von Geschäftsverbindlichkeiten zu unterscheiden (119): Die Schulden, die durch die Führung des konkreten Geschäftsbetriebes entstanden sind. Es ist unerheblich, ob diese Schulden im Zeitpunkt der Veräusserung fällig sind oder nicht (120). Wesentlich ist nur, dass diese Verbindlichkeiten eine Folge des jeweiligen Geschäftsbetriebes sind. Geschäftsschulden in diesem Sinne entstehen nicht nur aus Vertrag. Auch ausservertragliche Schulden, z.B. solche aus unerlaubten Handlungen, gehören dazu. Dies aber immer unter der Voraussetzung, dass sie aus dem konkreten Geschäftsbetrieb resultieren (121). Von diesen Schulden, die auf Grund eines konkreten Geschäftsbetriebes entstanden sind, müssen diejenigen Verbindlichkeiten unterschieden werden, die eingegangen werden mussten, um den Geschäftsbetrieb überhaupt zu ermöglichen. Unter diese Schulden fällt vor allem das Darlehen (122), das für

117) Gleichbedeutend werden auch andere Ausdrücke verwendet, wie Firmen- und Façonwerte, Goodwill, ital: l'avviamento.

118) Aufzählungen finden sich bei Treadwell a.a.O. 17; Schapira a.a.O. 20/21; Bühler a.a.O. 59; Wieland a.a.O. 246.

119) Vgl. dazu die Ausführungen bei von Rüts Alfred, Die Rechtsstellung des Erwerbers eines bestehenden Handelsgeschäftes unter Lebenden bei Fortführung der Firma (Diss. Leipzig 1907) 35 ff; Wieland a.a.O. 244/45.

120) Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch. Kommentar I (3. A. Mannheim - Berlin - Leipzig 1930) § 25 N 21.

121) Staub (zit. vorne 17 N 98) § 25 N 29. Unter diese Schulden fallen z.B. Schulden aus Patentverletzung, Haftpflichtgesetzen usw.

122) von Rüts a.a.O. 36.

die Geschäftsgründung aufgenommen werden musste und daher eine Voraussetzung des Geschäftsbetriebes darstellt. Es kann kein Zweifel darüber bestehen, dass auch diese Passiven mit dem Geschäft in einem inneren Zusammenhang stehen. Auch sie sind demnach mit dem Geschäft verbundene Schulden im Sinne von Art. 181 OR 123).

2. Von diesen Geschäftsschulden sind die Privatschulden des Veräusserers zu scheiden. Es sind dies diejenigen Schulden, die mit dem Geschäftsbetrieb nicht in einem inneren Zusammenhang stehen. Im Zweifelsfalle hat der Erwerber dem Veräusserer zu beweisen, dass eine Schuld Privatschuld ist. Zur Erbringung dieses Beweises stehen ihm die Geschäftsbücher zur Verfügung. Wenn der Uebnahmevertrag nicht schon die Pflicht in sich schliesst, die Geschäftsbücher zu übertragen (124), ist der Veräusserer verpflichtet, dem Erwerber Einsicht zu gewähren (125).

2. Kapitel

VORAUSSETZUNGEN DER HAFTUNG NACH ART. 181 OR.

Artikel 181 OR I lautet: "Wer ein Vermögen oder ein Geschäft mit Aktiven und Passiven übernimmt, wird den Gläubigern aus den damit verbundenen Schulden ohne weiteres verpflichtet, sobald von dem Uebernehmer die Uebnahme mitgeteilt oder in öffentlichen Blättern ausgekündigt worden ist".

Die Wirkungen des Art. 181 OR treten folglich nur dann ein, wenn eine Reihe von Voraussetzungen erfüllt sind. Es sind dies:

- I. Die Uebnahme eines Vermögens oder eines Geschäftes.
- II. Uebnahme eines Vermögens oder eines Geschäftes.
- III. Uebnahme von Aktiven und Passiven.
- IV. Vertrag zwischen Uebernehmer und Urschuldner.
- V. Mitteilung an die Gläubiger.

Für das Verständnis der ratio des Art. 181 OR ist es notwendig, jede einzelne Voraussetzung der Haftung eingehend für sich zu behandeln.

123) Treadwell a.a.O. 21. N 1.

124) Treadwell a.a.O. 16.

125) von Rüts a.a.O. 38; Düringer-Hachenburg a.a.O. § 25 N 12; Staub a.a.O. § 25 N 26; vgl. dazu auch den Entscheid des zürcherischen Obergerichtes BlZür 40 Nr. 123.

I. Uebernahme; Begriff und Wesen

1. Es ist nicht eindeutig, was der Gesetzgeber mit dem umfassenden Ausdruck "Uebernahme" besagen will. Im Gesetz finden wir keinen Anhaltspunkt, der zur Klärung dieser Frage beitragen würde. In den Arbeiten, die sich speziell mit dem Art. 181 OR befassen, stehen sich verschiedene, zum Teil widersprechende, Ansichten gegenüber. Das Problem, das diese Meinungsverschiedenheiten hervorgerufen hat, ist das, ob unter Uebernahme im Sinne von Art. 181 OR nur der Erwerb zu Eigentum zu verstehen ist, oder ob es zulässig sei, auch eine temporäre Uebernahme eines Vermögens, wie Nutzniessung und Pacht, dem Art. 181 OR zu unterstellen. Zur Klärung dieser Frage gehen wir wiederum vom Grundsatz aus, dass Art. 181 OR eine Gläubigerschutzvorschrift darstellt. Danach muss der Gläubiger dort, wo das Vermögen hingekommen ist, genügenden Schutz finden können. Der Ausdruck "Uebernahme" umfasst folglich alle diejenigen Verträge, durch die ein Vermögen von einem Schuldner auf einen andern übertragen wird (1). Folgerichtig fällt auch eine nur zeitweilige Uebernahme eines Vermögens, wie Nutzniessung und Pacht, unter Art. 181 OR, denn auch hier hat, ohne Mitwirkung der Gläubiger, ein Schuldnerwechsel stattgefunden. Bedingung ist nur, dass es sich tatsächlich um ein Vermögen mit Aktiven und Passiven handelt und dass sich der Vertragsabschluss nach den Vorschriften des OR richtet (2).

2. Unter die Bestimmungen von Art. 181 OR fallen aber nur diejenigen Uebernahmeverträge, die unter Lebenden abgeschlossen wurden (3). Dies aus folgender Ueberlegung: Der Artikel statuiert im Interesse des Gläubigerschutzes eine kumulative Weiterhaftung des Veräusserers mit dem Uebernehmer während zwei Jahren. Folgerichtig werden nur diejenigen Veräusserungsverträge von dieser Bestimmung erfasst, bei denen der Alt-schuldner weiterhin haftbar bleiben kann. Dies ist beispielsweise bei der Erbschaft nicht der Fall, trotzdem zweifellos beim Tode des Erblassers eine Vermögensübernahme mit Aktiven und Passiven durch die Erben stattfindet. Da aber der Veräusserer des Vermögens, in diesem Falle der Erblasser, für seine Schulden nicht mehr haften kann, statuiert das Gesetz in Art. 560 ZGB die alleinige Haftung der Erben für sämtliche Erbschaftsschulden. Dasselbe gilt für die totale Fusion von Geschäften. Nach der Vereinigung der beiden Geschäfte ist der ursprüngliche Schuldner nicht mehr vorhanden und er kann deshalb auch nicht mehr für die Schulden belangt werden. In diesem Falle können sich die Gläubiger an das neue, ver-

-
- 1) Wladislaus Kotulla, Das Wesen der Vermögensübernahme im Sinne des § 419 BGB (Diss. Breslau 1927) 17 ff. Es ist daher nicht richtig, den Sinn von "übernehmen" und "kaufen" gleichzusetzen, wie Treadwell a.a.O. 86 annimmt. Sicher hat der Gesetzgeber bewusst den Ausdruck "Uebernahme" verwendet, um alle möglichen Rechtsgeschäfte einzuschliessen, die eine Vermögensverschiebung zur Folge haben, und nicht, wie Treadwell annimmt, um den Ausdruck "Kauf" zu vermeiden.
 - 2) Vgl. hinten 28 über die Voraussetzungen des Uebernahmevertrages.
 - 3) So auch Becker, Obligationenrecht I (2. A. Bern 1941) Art. 181 N 12; Vaucher a.a.O. 95; Treadwell a.a.O. 67.

einigte Geschäft halten, das von nun an für sämtliche Schulden haftbar bleibt. (Art. 182 OR) (4)

3. Die Eigenart des Ausdruckes "Uebernahme" im Sinne von Art. 181 OR kann zusammenfassend wie folgt erklärt werden: Der Ausdruck "Uebernahme" ist ein umfassender terminus technicus für alle diejenigen Verträge, bei denen es sich um den Uebergang eines Vermögens handelt (5). Unter diesen terminus technicus fallen aber nur diejenigen Verträge, die einen Vermögensübergang unter Lebenden zur Folge haben. Art. 181 OR findet nur Anwendung, wenn der Vermögensübergang mit Passiven (6) stattgefunden hat, d.h. nur, wenn die Passiven mit den Aktiven übernommen wurden (7).

In diesem Sinne tritt uns die "Uebernahme" als Voraussetzung der Wirkungen unseres Artikels entgegen.

II. Uebernahme eines Vermögens oder eines Geschäftes

Im ersten Kapitel über die Grundbegriffe wurde eingehend erörtert, was für die vorliegende Arbeit unter Vermögen und Geschäft verstanden wird.

Eine weitere Bedingung dafür, dass die Wirkungen des Art. 181 OR eintreten, ist somit das Vorhandensein eines Vermögens, als einer Summe von Rechten und Pflichten einer Person (8). In diesem Sinne ist das Vermögen als Objekt der Uebernahme zu verstehen. Wir sind zum Schluss gekommen, dass das Geschäft, als Hauptanwendungsfall von Sondervermögen, ebenfalls Gegenstand von Uebernahmen im vorne besprochenen Sinne sein kann. Die Bedingung des Artikels ist also auch für unseren Begriff des Geschäftes erfüllt, d.h. Geschäftsübernahme ist auch Vermögensübernahme. Für beide, Vermögen allgemein und Geschäft im besonderen, soll im folgenden nurmehr der Ausdruck Vermögen verwendet werden. Was für dieses gesagt wird, findet auch für das Geschäft analoge Anwendung. Unser Begriff des Vermögens umfasst somit einerseits das Vermögen allgemein, andererseits ist aber auch das Geschäftsvermögen inbegriffen.

- 4) Vgl. dazu auch Becker a.a.O. Art. 181 N 12. Aus denselben Gründen, nämlich Fehlen eines haftbaren Altschuldners, fällt auch das Vermächtnis nicht unter diese Bestimmung. Anderer Meinung ist Treadwell a.a.O. 67, der das Vermächtnis durch Analogieschluss den Bestimmungen des Art. 181 OR unterstellt. Dem gegenüber erfüllt aber die Ausrichtung des Erblassers zu Lebzeiten die Voraussetzungen des Art. 181 OR. Vgl. hinten 32.
- 5) Ueber die Bedeutung und deren Wirkungen für das Geschäft im besonderen vgl. Treadwell a.a.O. 69 ff; BlZür 41 Nr. 28.
- 6) Vgl. hinten 25 ff. über die Passiven als Haftungsvoraussetzung.
- 7) Reichel, Die Schuldmitübernahme (München 1909). Dieser Ausdruck enthält m. E. auch die ratio unseres Gesetzesartikels. Vgl. hinten 25 ff.
- 8) Vorne 7 ff.

III. Uebernahme von Aktiven und Passiven

Als weitere Haftungsvoraussetzung verlangt Art. 181 OR Uebernahme von Aktiven und Passiven: "Wer ein Vermögen oder ein Geschäft mit Aktiven und Passiven übernimmt, ...".

1. Allgemeines. Nach dem Wortlaut des Gesetzes zu schliessen, muss das Vermögen ausdrücklich mit Aktiven und Passiven übernommen werden. Erst wenn diese Bedingung erfüllt ist, kann von einer Vermögensübernahme im Sinne von Art. 181 OR gesprochen werden, und nur unter dieser Voraussetzung haftet der Uebernehmer (9). Die Uebernahme der Aktiven allein oder der Passiven allein genügt somit nicht, damit Art. 181 OR Anwendung finde.

Wir haben erwähnt, Art. 181 OR stelle eine Gläubigerschutzvorschrift dar. Unsere Ueberlegung beweist die Richtigkeit dieser Behauptung. Würde die Uebernahme der Aktiven ohne gleichzeitige Mitübernahme der Passiven erfolgen, könnten die Gläubiger dadurch geschädigt werden. Das zu verhindern bezweckt Art. 181 OR (10). Folgerichtig kann durch Abmachung unter den Parteien auch ein Vermögen ohne Passiven übernommen werden. Nach Art. 285 SchKG steht den Gläubigern des Veräusserers das Recht zur Anfechtung zu (11). Dadurch sind auch diese Gläubiger geschützt, wenn der Uebergeber durch Veräusserung seines ganzen Vermögens nicht mehr imstande ist, seine Schulden zu bezahlen. Diese Art der Vermögensübernahme fällt aber für uns nicht in Betracht, da die Voraussetzungen des Art. 181 OR für einen gesetzlichen Schuldenübergang nicht erfüllt sind (12).

2. Inhalt. Das Vermögen ist die Summe von Rechten und Pflichten einer Person (13). Aktiven und Passiven sind demnach Bestandteile des Vermögens. Wir wissen somit, worin der Inhalt von Aktiven und Passiven besteht.

3. Umfang. Die Frage, die sich uns stellt, ist diese: Wie viele Aktiven und Passiven müssen vorhanden sein, damit die Voraussetzungen des Art. 181 OR erfüllt sind?

a) Das Gesetz legt den Umfang von Aktiven und Passiven nicht fest. Es ist demnach nicht ausgeschlossen, dass einer grossen Aktivsumme verhältnismässig sehr wenig Passiven gegenüberstehen. Folgerichtig erfüllt auch der umgekehrte Fall die Voraussetzungen des Art. 181 OR, nämlich, dass der Bestand an Passiven die Aktiven überwiegt. Der Umfang kann von

9) v. Tuhr, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts II (2. A. Zürich 1944) 844; Vorne 22.

10) Bühler a.a.O. 24.

11) v. Tuhr a.a.O. 844.

12) V. Tuhr a.a.O. 844; contra: Oser-Schönenberger, Kommentar zum ZGB, Das Obligationenrecht I (2. A. Zürich 1929) Art. 181 N 3; vgl. dazu v. Tuhr a.a.O. 844 N 112; Streit (zit. vorne 2 N 6) 64.

13) Vorne 7.

den Parteien bestimmt werden. Es steht ihnen frei, im Vertrag die Höhe der Aktiven und Passiven, die übernommen werden sollen, selbst festzulegen (14). Bedingung, dass Art. 181 OR Anwendung findet, ist nur, dass im Verträge sovieler Bestandteile aufgeführt werden, damit tatsächlich von einem Vermögen oder einem Geschäft gesprochen werden kann, wie wir es für diese Arbeit festgelegt haben.

b) Umstritten ist die Frage, ob unbekannte oder im Vertrag nicht erwähnte Schulden ebenfalls übergehen. Es stehen sich zwei Ansichten gegenüber:

aa) Von Tuhr schreibt (15): "Die Schuldübernahme bezieht sich auf alle mit dem übernommenen Vermögen oder Geschäft verbundenen Schulden, welche zur Zeit der Uebernahme begründet waren". Die Meinung von Tuhrs geht also dahin, dass durch eine Art Gesamtnachfolge alle Passiven ohne weiteres übergehen sollen. Die gleiche Ansicht vertritt Hasler (16), wenn er sagt: "Sogar gegen Wissen und Wollen des Uebernehmers gehen die Passiven auf denselben über".

bb) Gegen diese Ansichten wendet sich Bühler (17). Eine Universalsukzession auf der Passivenseite würde zwangsläufig eine Gesamtnachfolge der einzelnen Vermögensrechte voraussetzen. Diese könnten aber nur durch Einzelnachfolge übertragen werden. Somit gehen auch die Passiven nicht *uno actu* über (18).

c) Auf Grund dieser beiden Ansichten können wir festlegen: Zweifellos kann es sich beim Uebergang der Passiven nicht um eine Gesamtnachfolge handeln, wenn die Aktiven einzeln übertragen werden müssen. Die Arten der Uebernahme von Aktiven und Passiven müssen korrespondieren, d.h. wie die Aktiven, so müssen auch die Passiven übergehen. Es muss *Konnexität* vorliegen. Jede der beiden Ansichten kann auf den Einzelfall zutreffen. Entscheidend ist, um welche Art der Vermögensübernahme es sich im speziellen Falle handelt. Aus dem Wortlaut des Artikels geht hervor, (19) dass nichtnotwendigerweise das ganze einer Person zu einer bestimmten Zeit zustehende Vermögen, übertragen werden muss. Ein selbständiger Vermögenskomplex, als was z.B. das Geschäft erscheint, erfüllt ebenso sehr den Tatbestand des Art. 181 OR. Wo aber das ganze Vermögen übergeht, gehen *uno actu* mit dem Aktiven auch die Passiven über. In diesem Sinne ist von Tuhr (20) beizupflichten.

Durch Universalsukzession gehen alle Aktiven und Passiven über bei der Erbfolge (Art. 560 ff. ZGB), Eheschliessung nach Gütergemeinschaft (Art. 215 ZGB), Fusion von Aktiengesellschaften (Art. 749 OR). Wir werden aber in einem andern Zusammenhang darlegen (21), dass Vermögenskomplexe, die durch Universalsukzession übergehen, nicht unter Art. 181 OR fallen.

14) Treadwell a.a.O. 71. Vgl. vorne 7 ff.

15) v. Tuhr a.a.O. 846.

16) Georg Hasler, Die Schuldübernahme in der Theorie und im schweizerischen Recht (Diss. Zürich 1911) 134.

17) Bühler a.a.O. 26/27.

18) Bühler a.a.O. 26.

19) Vorne 7.

20) v. Tuhr a.a.O. 846, Unter-Abschnitt 5, Satz 1.

21) Vgl. hinten 61

Anders als bei der Uebernahme eines ganzen Vermögens verhält es sich bei der Uebernahme eines verselbständigten Vermögenskomplexes. Der Vertrag, der zwischen den Parteien abgeschlossen wurde, richtet sich nur auf diesen Komplex. Sicher geht die Meinung der Parteien dahin, dass nur diejenigen Passiven als übernommen gelten sollen, die im Vertrag ausdrücklich erwähnt werden (22).

d) Für die Gläubiger ergibt sich durch die Vermögensabtretung folgende Rechtslage: Die Gläubiger müssen bei der Uebernahme (23) eines ganzen Vermögens geschützt werden. Es entspricht daher der ratio des Gesetzesartikels, dass der Uebernehmer eines ganzen Vermögens auch für unbekannte und unerwähnte Schulden einzustehen hat. Anders verhält es sich bei der Uebernahme eines selbständigen Vermögenskomplexes, wo die verbleibenden Vermögensteile für den Gläubiger einen genügenden Schutz darstellen.

IV. Vertrag zwischen Uebernehmer und Urschuldner

1. Wesen des Uebernahmevertrages

Wir haben festgelegt (24): Der Ausdruck "Uebernahme" umfasst alle diejenigen Verträge, die dahin gehen, ein Vermögen von einem Schuldner auf einen andern zu übertragen. Der Uebergeber verpflichtet sich im Vertrag, das Vermögen zu übergeben. Andererseits hat der Uebernehmer das Vermögen nach den Bestimmungen des Vertrages zu übernehmen. Folglich sind nur der Uebernehmer und der Urschuldner am Vertragsabschluss beteiligte Parteien. Die Gläubiger sind nicht Vertragskontrahenten. Ihr Wille wird beim Abschluss des Vertrages nicht berücksichtigt (25). Sogar gegen den Willen der Gläubiger kann der Vertrag abgeschlossen werden. Zu ihrem Schutze ist die Wirksamkeit des Vertrages ihnen gegenüber von der Mitteilung an sie abhängig (26).

Es handelt sich beim Uebernahmevertrag um einen Vertrag obligatorischer Natur (27). In diesem Zusammenhang soll nur von seinen obligatorischen Wirkungen die Rede sein. Das Kapitel über die Erfüllung des Uebernahmevertrages (28) wird die dinglichen Wirkungen behandeln.

Voraussetzung ist in jedem Falle, dass dieser zwischen Schuldner und Schuldübernehmer abgeschlossene Vertrag gültig ist (29).

22) Es ist daher Bühler a.a.O. 27 beizupflichten, wenn er sagt: "Jene Schulden aber, die ihnen unbekannt sind und bei der Vermögensübernahme unerwähnt bleiben, stehen einzig in einer rechtlichen Verbindung zur Person des Schuldners, der für diese auch weiterhin haftet".

23) Ausgenommen von diesen Uebernahmearten ist der Vermögenskauf, bei dem die Gläubiger im bezahlten Preis ohnehin genügenden Schutz finden können.

24) Vorne 24.

25) Treadwell a.a.O. 23; v. Tuhr a.a.O. 845 N 122.

26) Ueber die Mitteilung als Haftungsvoraussetzung siehe hinten 34 ff.

27) Des Gouttes a.a.O. 25.

28) Vgl. hinten 59 ff.

29) BGE 60 II 107; Becker a.a.O. Art. 181 N 15.

2. Vertragsvoraussetzungen

Für die Gültigkeit dieses obligatorischen Vertrages müssen alle allgemeinen Vertragsvoraussetzungen erfüllt sein. Nur dann treten die Wirkungen des Art. 181 OR ein.

a) Die Parteien müssen handlungsfähig sein. Es ist für die Vermögensübernahme nicht von Bedeutung, ob es sich bei den Vertragskontrahenten um natürliche (Art. 12/13 ZGB) oder um juristische Personen handelt (Art. 54/55 ZGB).

b) Der Vertrag kommt nur rechtsgültig zustande, wenn zwischen den Parteien übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung vorliegt (Art. 1 OR).

c) Ueber die Nebenpunkte, Antrag und Annahme, Vertragsschluss unter Abwesenden, vgl. Art. 2 - 7 OR. Alle diese Voraussetzungen sind für das Zustandekommen einer rechtsgültigen Vermögensübernahme gleich wesentlich.

3. Form des Vertrages

Art. 11 I OR lautet: "Verträge bedürfen zu ihrer Gültigkeit nur dann einer besonderen Form, wenn das Gesetz eine solche vorschreibt". Der Abschluss von Verträgen untersteht demnach grundsätzlich keinem Formzwang. Folgerichtig sind auch die Verträge, die eine Vermögensübernahme begründen, prinzipiell formfrei (30). Die Formfreiheit wird auch Art. 11 I OR bei denjenigen Verträgen eingeschränkt, bei denen das Gesetz eine besondere Form vorschreibt. Wird im Vertrag ein Vermögen übernommen (31), müssen folgende Formvorschriften eingehalten werden, damit die Wirkungen des Art. 181 OR eintreten:

a) Sind in einem Vermögen Grundstücke vorhanden, bedarf der Vertrag der öffentlichen Beurkundung. Art. 216 OR (32)

b) Schriftlichkeit bei Abtretung von Forderungen, die sich als ein Vermögen darstellen oder Bestandteile eines übernommenen Vermögens sind. Art. 165 OR (33).

30) Treadwell a.a.O. 27 ff.; Vaucher a.a.O. 27 ff.; Des Gouttes a.a.O. 27 ff.; Hasler a.a.O. 76 ff. Einschränkung Oser-Schönenberger a.a.O. Art. 181 N 6. Dies im Gegensatz zum deutschen Recht, wo der Vertrag, durch den ein Vermögen oder ein Bruchteil eines Vermögens übertragen oder mit einem Nießbrauch belastet wird, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf.

31) Voraussetzung ist immer, dass es sich um ein Vermögen im für diese Arbeit festgelegten Sinne handelt. Es können auch nur einzelne Vermögensstücke genannt werden, die mitübernommen werden.

32) Bühler a.a.O. 23; Treadwell a.a.O. 28; Des Gouttes a.a.O. 28.

33) Oser-Schönenberger a.a.O. Art. 181 N 6.

c) Bei Ausrichtung eines Vermögens oder eines Teiles desselben zu Lebzeiten des Erblassers (34), bedarf der Erbvertrag zu seiner Gültigkeit der Form der öffentlichen letztwilligen Verfügung. Art. 512 ZGB. Folglich muss dieser Vertrag unter Mitwirkung von zwei Zeugen vor einer amtlich beglaubigten Urkundsperson abgeschlossen werden. Art. 499 ZGB.

d) Uebertragung eines Wechsels oder andern Ordrepapiers durch Indossament. Art. 1001, 1145 ff OR (35).

e) Die Bestellung einer Nutzniessung kann ebenfalls eine Vermögensübernahme begründen (36). Sie untersteht den Formvorschriften von Art. 746 ZGB (Schriftlichkeit).

f) Eine spezielle Art von Vermögensübernahme ist die Verpfändung, Art. 521 OR. Nach Art. 522 OR sind zu ihrer Gültigkeit die Formvorschriften des Erbvertrages notwendig. (Art. 512 bzw. 499 ZGB für öffentliche letztwillige Verfügungen).

g) Durch den Ehevertrag kann ebenfalls eine Vermögensübernahme im Sinne von Art. 181 OR entstehen. Seine Gültigkeit setzt öffentliche Beurkundung voraus. (Art. 181 ZGB) Wird der Ehevertrag während der Ehe abgeschlossen, ist die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde notwendig. (Art. 181 I ZGB)

4. Inhalt des Uebnahmevertrages

Entscheidend für den Inhalt des Uebnahmevertrages sind ebenfalls die allgemeinen Bestimmungen des OR über den Vertragsinhalt, Art. 19 OR (37). Verträge, die einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt haben oder gegen die guten Sitten verstossen, sind nichtig. Art. 20 OR (38). Die Parteien können im Vertrag bestimmen, was übergehen soll. Was nicht Gegenstand des Vertrages ist, muss, damit es ausgeschlossen sei, ausdrücklich genannt sein (39). Werden im Vertrag zuviele Gegenstände vorbehalten, findet nicht mehr Vermögensübernahme, sondern einfach Uebnahme einzelner Vermögensstücke statt. In diesem Falle kommt Art. 181 OR nicht zur Anwendung. Wesentlich ist folglich, dass das, was übernommen wird, sich als ein Vermögen darstellt. Wird z. B. ein Geschäft mit

34) Vgl. hinten 32.

35) Des Gouttes a. a. O. 28; hinten 63.

36) Des Gouttes a. a. O. 28; Bühler a. a. O. 20 ff.; hinten 33.

37) Des Gouttes a. a. O. 28.

38) Vgl. den Abschnitt über die Erfüllung des Uebnahmevertrages, hinten 59.

Haben die Parteien im Vertrag vereinbart, dass das Vermögen uno actu durch Universalsukzession übergehen soll, so ist dieser Vertrag nach Art. 20 OR nichtig. Das Vermögen kann nur durch einzelne selbständige Akte übertragen werden: Sachen müssen dinglich übertragen werden, Forderungen sind zu zedieren, Wechsel müssen indossiert werden usw. Vgl. dazu Bühler a. a. O. 24; Francke a. a. O. 52 für das BGB.

39) Das ergibt sich aus der Abgrenzung des Umfanges von Aktiven und Passiven. Vorne 26. Die dort festgelegten Grundsätze finden hier analoge Anwendung. Vgl. Des Gouttes 31.

Aktiven und Passiven übernommen, so müssen im Vertrag soviele Bestandteile desselben genannt sein, die notwendig sind, damit das Geschäft seinen individuellen Charakter beibehält (40), oder, wie das Bundesgericht sagt (41), ist Geschäftsübergang dann anzunehmen, wenn diejenigen Bestandteile des Betriebes, auf denen die Fortführung im wesentlichen beruht, auf den Erwerber übergegangen sind.

Entstehen Differenzen darüber, ob es sich bei den übergegangenen Bestandteilen tatsächlich um ein Vermögen handelt, entscheidet der Richter. Es handelt sich um eine Frage der Vertragsauslegung.

5. Arten von Uebnahmeverträgen

Diese Betrachtung hat enumerativen Charakter. Die Aufzählung wird nur die obligatorischen Uebnahmeverträge enthalten. Jeder dieser Verträge stellt eine Einheit dar. Sie lösen sich erst durch Erfüllung jedes Einzelnen in mehrere, unter sich abweichende Verträge, auf. Es können zwei Hauptgruppen von Uebnahmeverträgen unterschieden werden. Entscheidend hierfür ist die zeitliche Dauer, auf die der Abschluss des Vertrages gerichtet ist (42).

a) Die Uebnahme ist definitiv, wenn das Vermögen endgültig beim Erwerber verbleiben soll. Folge dieser Rechtsgeschäfte ist somit, dass der Erwerber das Vermögen durch den Uebnahmevertrag zu Eigentum erwirbt. Dazu gehören:

aa) Der Kaufvertrag. Der Kaufvertrag ist in der Praxis das häufigste Rechtsgeschäft, dem eine Vermögensverschiebung im Sinne von Art. 181 OR zu Grunde liegt. Der Kauf bildet demnach den Hauptanwendungsfall der unter dem allgemeinen Ausdruck "Uebnahme" zusammengefassten Verträge. Das Gesetz umschreibt in Art. 184 I OR den Begriff des Kaufes. Der Kauf ist ein Vertrag, durch den sich der Verkäufer dem Käufer verpflichtet, den Kaufgegenstand zu übergeben und ihm daran das Eigentum zu verschaffen. Andererseits hat der Käufer dem Verkäufer dafür eine Gegenleistung zu entrichten. Diese besteht in Geld oder einem Surrogat.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist Vertragsobjekt der Kaufgegenstand. Es ist nicht eindeutig, was der Gesetzgeber unter dem allgemeinen Ausdruck Kaufgegenstand versteht, d.h., was alles Gegenstand eines Kaufes sein kann. Das Gesetz spricht nämlich nur von Fahrnis- und Grundstückskauf. Aus Art. 187 I OR ersehen wir aber, dass das Obligationenrecht den Begriff für Fahrnis im Sinne eines Kaufgegenstandes weiter fasst als das Sachenrecht. (Art. 713 ZGB) Demnach fallen auch Rechte und Forderungen unter den Begriff "Kaufgegenstand" (43). Das Vermögen, als Inbegriff von Rechten und Pflichten, kann daher auch Gegenstand eines Kaufvertrages sein (44). Um nun aber die Regeln des Kaufrechtes in Anwendung

40) Treadwell a. a. O. 29.

41) BGE 50 II 83.

42) Des Gouttes a. a. O. 141 ff.; Becker a. a. O. Art. 181 N 14; Vorne 22/23.

43) Vgl. Treadwell a. a. O. 85/86.

44) Fick, Das schweizerische Obligationenrecht (Zürich 1911) Art. 187 N 20.

bringen zu können, muss noch eine weitere Bedingung erfüllt sein. Aus dem Wortlaut des Art. 184 I OR geht hervor, dass der Kauf einen "veräusserlichen" Gegenstand voraussetzt: Der Verkäufer verpflichtet sich dem Käufer, ihm den Kaufgegenstand zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen. Der Kaufgegenstand muss demnach übertragbar sein. Es ist an anderer Stelle dargetan worden (45), dass das Vermögen im Sinne von Art. 181 OR diese Voraussetzung erfüllt.

bb) Der Tauschvertrag. Auch der Tauschvertrag kann eine Vermögensübernahme im Sinne von Art. 181 OR zur Folge haben. Das ergibt sich aus der Tatsache, dass alle diejenigen Gegenstände, die verkauft werden können, auch Gegenstand eines Tauschvertrages sein können. Der Unterschied dieser beiden Vertragsarten besteht darin, dass die Gegenleistung beim Kauf in Geld besteht, beim Tausch dagegen ein gleichwertiges Objekt darstellen muss. Für den Tausch sind folgerichtig die Bestimmungen des Kaufrechts analog anwendbar. (Art. 237 OR) Ausgenommen ist die in Art. 238 OR festgelegte Gewährleistungsvorschrift wegen Entwehrung oder Mängel des eingetauschten Gegenstandes.

cc) Der Verpfändungsvertrag. Sofern es sich bei seinem Gegenstand um ein Vermögen im festgelegten Sinne handelt, begründet der Verpfändungsvertrag ebenfalls einen Vermögensübergang im Sinne von Art. 181 OR. Durch den Verpfändungsvertrag verpflichtet sich der Vermögensveräusserer, in diesem Falle der Pfründer, sein Vermögen oder einzelne Teile desselben auf den Uebernehmer, d.h. den Pfundgeber, zu übertragen. Dieser gewährt dem Pfründer Unterhalt und Pflege auf Lebzeiten. (Art. 521 OR) Der Verpfändungsvertrag ist demnach eine Vermögensübernahme gegen Entgelt.

Der Pfründer nimmt die Stellung eines gewöhnlichen Vermögensveräusserers ein. Er hat dem Pfundgeber sein Vermögen nach den Bestimmungen des Vertrages mit Aktiven und Passiven zu übertragen. Für allfällige Schulden bleibt der Pfründer während zwei Jahren mit dem Pfundgeber solidarisch verpflichtet (46).

dd) Der Schenkungsvertrag. Im Gegensatz zu den bisher besprochenen Uebernahmeverträgen ist die Schenkung der Vertrag über die Abtretung eines Vermögens ohne Gegenleistung. Der Schenkungsvertrag bewirkt somit ebenfalls eine Vermögensverschiebung von einem Subjekt auf ein anderes, in diesem speziellen Falle einseitig vom Schenker an den Beschenkten. Wenn die notwendigen Voraussetzungen erfüllt sind, d.h. wenn es sich beim Gegenstand der Schenkung tatsächlich um ein Vermögen im für die vorliegende Arbeit festgelegten Sinne handelt, wird auch diese Vermögensübernahmeart durch den Art. 181 OR geregelt. Der Wortlaut dieses Artikels spricht nicht gegen die Annahme, dass ein Vermögen auch unentgeltlich übernommen werden kann (47). Noch deutlicher als bei einer

45) Vorne 7.

46) Clausen, Der Verpfändungsvertrag (Diss. Fribourg 1908) 31/32; Des Gouttes a.a.O. 143; Fick a.a.O. Art. 181 N 5; Becker a.a.O. Art. 521 N 1. Die Uebertragung zu Eigentum ist nicht notwendig. Es genügt die Uebertragung des Genusses des Vermögens, vgl. BGE 44 II 345.

47) Fick a.a.O. Art. 239 N 7; Wieland I a.a.O. 262; Des Gouttes a.a.O. 143.

Uebernahme gegen Entgelt zeigt sich jedoch hier die Notwendigkeit des Gläubigerschutzes, der ja durch diese Bestimmung angestrebt werden soll. Bei einer entgeltlichen Uebernahme haben die Gläubiger die Möglichkeit, für ihre Forderungen durch die Gegenleistung befriedigt zu werden. Dies ist aber bei einer unentgeltlichen Vermögensabtretung nicht der Fall. Die Stellung der Gläubiger wird demnach im Gesetz wesentlich gestärkt, indem mit Bezug auf den Vermögensübergang durch Schenkung die Bestimmungen des Art. 181 OR in Anwendung gebracht werden: Solidarische Weiterhaftung des Schenkers mit dem Beschenkten während zwei Jahren für die Passiven des Vermögens (48).

ee) Vermögensausrichtung zu Lebzeiten des Erblassers. Art. 534 I ZGB sieht vor, dass der Erblasser durch Erbvertrag schon zu seinen Lebzeiten sein Vermögen, oder Teile desselben, auf den Vertrags-erben übertragen kann. Obschon es sich bei diesem Vertrag um einen Erbvertrag handelt, ist ein Rechtsgeschäft unter Lebenden abgeschlossen worden, das eine Vermögensübernahme im Sinne von Art. 181 OR darstellt (49). Bezieht sich der Vertrag nicht auf das ganze Vermögen, sondern nur auf einen Teil desselben (50), ist es aber für die Anwendung des Art. 181 OR notwendig, dass dieser Bruchteil so viele Bestandteile des Vermögens umfasst, damit von einem Vermögen im Sinne von Art. 181 OR gesprochen werden darf. Folglich hat der Erwerber, wenn ihm nicht das ganze Vermögen des Erblassers übertragen wird, nur diejenigen Schulden zu übernehmen, die zum ausgerichteten Bruchteil in Beziehung stehen.

Trotzdem es sich bei diesem Vertrag um ein Rechtsgeschäft unter Lebenden handelt, ist die causa der Uebertragung des Vermögens der Erbvertrag. Daraus geht hervor, dass Art. 181 OR nur soweit zur Anwendung kommt, als die erbrechtliche Natur dieses Vertrages dies nicht ausschliesst (51).

b) Die Vermögensübernahme kann auch nur eine zeitweilige sein. Diese Verträge kennzeichnen sich dadurch, dass der Uebernehmer das Vermögen nicht zu Eigentum erwirbt, sondern dass es nur vorübergehend in seinem Besitz verbleibt (52). Auch diese zeitlich beschränkten Uebernahmeverträge unterstehen dem Art. 181 OR (53), sofern es sich um ein Vermögen handelt, das mit Aktiven und Passiven übernommen wird. Auch hier vollzieht sich demnach der Vermögensübergang ohne Mitwirkung der Gläubiger. Gerade bei einer derartigen zeitweiligen Vermögensübernahme ist es aber für die Gläubiger von Bedeutung, zu wissen, wer vom Moment des Schuldnerwechsels an für ihre Forderungen einzustehen hat. Noch viel weniger deutlich als bei der Uebernahme zu Eigentum kommt hier zum Ausdruck, wer Erwerber, d.h. Nutzniesser oder Pächter, des übernommenen Vermögens ist. Die Mitteilung an die Gläubiger ist immer Haftungsvoraus-

48) Hasler a.a.O. 129.

49) Escher, Das Erbrecht, Kommentar zum ZGB III (2. A. 1937) Art. 534 N 3. Tuor, Kommentar zum schweizerischen ZGB III, Das Erbrecht (Bern 1929) Art. 534 N 3.

50) Art. 534 II ZGB; Clausen a.a.O. 64.

51) Escher a.a.O. Art. 534 N 4; Des Gouttes a.a.O. 143/144.

52) Des Gouttes a.a.O. 145 ff.

53) Siehe vorne 23/24.

setzung. Wenn diese aber erfolgt ist, ist der Schutz der Gläubiger durch die kumulative Haftung von Veräusserer und Uebernehmer gewährleistet. Zu diesen zeitlich beschränkten Vermögensübernahmeverträgen sind zu zählen:

aa) Die Nutzniessung. Bei der Nutzniessung eines Vermögens ist derjenige, zu dessen Gunsten die Nutzniessung bestellt wurde, berechtigt, aus diesem Vermögen Nutzen zu ziehen. Dieses Recht des Nutzniessers ergibt sich aus Art. 745 ZGB, der bestimmt, dass eine Nutzniessung auch an einem Vermögen bestellt werden kann. Diese gesetzliche Regelung betrifft nur die aktiven Bestandteile des Vermögens. Aus den passiven Bestandteilen, d.h. aus den Schulden, Nutzen zu ziehen, ist unmöglich. Diese gehen nicht auf den Nutzniesser über, sie verbleiben beim Eigentümer des Vermögens.

Das Vermögen im Sinne von Art. 181 OR ist aber eine Summe von Aktiven und Passiven. Es stellt sich somit die Frage, ob auch der Vermögensbegriff des Art. 745 ZGB die Voraussetzung erfüllt, die wir für den Übergang eines Vermögens mit Aktiven und Passiven im Sinne von Art. 181 OR festgelegt haben. Soll dies möglich sein, müssen mit dem Niessbrauchsvertrag nicht nur die Aktiven, sondern auch die Passiven vom Eigentümer auf den Nutzniesser übergehen. Eine solche Vereinbarung steht den Parteien frei. Die aktiven Bestandteile gehen durch den Nutzniessungsvertrag über. Sie unterstehen den Vorschriften über die Nutzniessung. Gleichzeitig mit diesem Nutzniessungsvertrag kann der Eigentümer mit dem Nutzniessen des Vermögens für die Passiven eine Schuldübernahme im Sinne von Art. 181 OR vereinbaren (54). Wenn die notwendigen Voraussetzungen für eine solche Schuldübernahme erfüllt sind (55), hat ein Vermögensübergang mit Aktiven und Passiven stattgefunden und Art. 181 OR kommt zur Anwendung: Schutz der Gläubiger durch solidarische Weiterhaftung des Veräusserers, d.h. des Eigentümers. Persönliche Schuldenhaftung des Uebernehmers, d.h. des Nutzniessers (56).

Wir kommen somit zum Resultat, dass die Nutzniessung im eben erwähnten Sinne den unter dem gemeinsamen Ausdruck "Uebernahme" zusammengefassten Verträgen unterstellt werden kann.

bb) Die Verpachtung. Aus denselben Gründen wie beim Niessbrauch eines Vermögens, kann auch die Vermögenspacht zu den Verträgen gezählt werden, die wir unter dem allgemeinen Ausdruck "Uebernahme" zusammengefasst haben (57). Die gesetzliche Grundlage für diese Schluss-

54) Hinten 69 ff. Praktisch wird eine solche Vereinbarung namentlich dann, wenn die Nutzniessung an einem Geschäft bestellt werden soll. Bühler a.a.O. 21. Es liegt im Interesse beider Parteien, dass der Nutzniesser das Geschäft so übernehmen kann, wie es der Eigentümer vor der Bestellung betrieben hat. Dies wäre aber nicht mehr möglich, wenn der Eigentümer vor der Uebergabe zur Tilgung der Schulden aktive Bestandteile des Geschäftsvermögens verwerten müsste.

55) Vorne 22 ff.

56) Treadwell a.a.O. 94 ff.; Bühler a.a.O. 20/21; Kellerhals, Die Nutzniessung am Handelsgeschäft ZSR n. F. 31 (1912) 320 ff.

57) Anderer Meinung ist Thommen, Kontroversen aus dem Gebiete der Unterpachtpacht (Diss. Basel 1932) 104. Er legt den Ausdruck "Uebernahme", wie er uns im Art. 181 OR entgegentritt, dahin aus, dass darunter nur Verträge auf Vermögensüberlassung zu Eigentum fallen, wie z.B. Kauf und Schenkung. Demgemäss verneint er die Anwendung von Art. 181 OR auf Nutzniessungs- und Pachtverträge.

folgerung bietet uns Art. 275 I OR: "Durch den Pachtvertrag verpflichtet sich der Verpächter, dem Pächter eine nutzbare Sache oder ein nutzbares Recht zum Gebrauch oder zum Bezuge der Früchte oder Erträgnisse zu überlassen, und der Pächter, hierfür einen Pachtzins zu bezahlen". Das Wesen der Pacht liegt somit darin, dass sich durch den Pachtvertrag der Verpächter dem Pächter verpflichtet, gegen Entgelt Gebrauch und Nutzung einer Sache oder eines Rechts zu gewährleisten. Folgerichtig können auch Rechte verpachtet werden. Die unentbehrliche Voraussetzung für die Anwendung von Art. 181 OR, nämlich Rechte als Vertragsobjekte, ist somit vorhanden. Es ist daher möglich, dass auch an einem Vermögen, das ja eine Summe von Rechten und Pflichten ist, eine Pacht bestellt werden kann. Für die Pflichten, d.h. die Passiven des Vermögens, gilt dasselbe wie bei der Nutzniessung. Es steht den Parteien frei, durch einen internen Vertrag auch die Uebernahme dieser Passiven zu vereinbaren. Folgerichtig kommt Art. 181 OR auch bei der Pacht zur Anwendung, wenn der Pächter die Uebernahme des Vermögens den Gläubigern mitgeteilt hat (58).

V. Mitteilung an die Gläubiger

1. Begriff und Wesen der Mitteilung

Die Mitteilung der Vermögensübernahme an die Gläubiger ist eine weitere Voraussetzung, die erfüllt sein muss, damit die Wirkungen des Art. 181 OR eintreten. Dieser Rechtsakt des Vermögensüberganges bezweckt demnach, den Gläubiger davon in Kenntnis zu setzen, dass das Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Subjekt seiner Forderung ein anderes geworden ist. Vermögensübernahme im Sinne von Art. 181 OR ist Schuldübernahme. Dass dieser Schuldübergang tatsächlich stattgefunden hat, ist nun eben der Sinn dieser Mitteilung im Interesse der Gläubiger. Beide Voraussetzungen, rechtsgültiger Vertrag und Mitteilung sind somit gleich wesentlich, damit das Haftungsverhältnis von Veräusserer und Uebernehmer den Gläubigern gegenüber entsteht. Die Mitteilung allein begründet kein Haftungsverhältnis (59), ebensowenig der Vertrag, wenn er nicht mitgeteilt wurde. Wenn dermassen diese beiden Voraussetzungen erfüllt sind, tritt die Haftung *ex lege* ein. Dies ergibt sich aus der Tatsache, dass es sich um den Uebergang eines Vermögens handelt, zu dem die Passiven begriffsnotwendig gehören. Der Schuldenübergang kann somit auch gegen den Willen des Gläubigers erfolgen. Daraus ergibt sich für die Begriffsbestimmung der Mitteilung vorerst negativ:

a) Die Mitteilung an die Gläubiger stellt keinen Vertrag zwischen dem Mitteilenden und dem Gläubiger dar (60). Sie ist folgerichtig keine Offerte des Uebernehmers an die Gläubiger, die durch deren Annahme ihren Willen

58) So auch Bühler a.a.O. 22; Klingler, Die Unternehmenspacht (Diss. Zürich 1943) 76 ff.; Treadwell a.a.O. 112 ff.; vgl. dazu auch BGE 47 II 416 ff.

59) Des Gouttes a.a.O. 37.

60) Bühler a.a.C. 32.

bekunden würden. Dies im Gegensatz zu Art. 176 OR, worin das Gesetz ausdrücklich bestimmt, dass der Schuldenübergang durch Vertrag des Uebernehmers mit dem Gläubiger erfolgt.

b) In unserem Falle ist der Gläubiger von der Mitwirkung am Schuldenübergang ausgeschlossen (61). Er hat keine Möglichkeit, weder ausdrücklich noch stillschweigend, seine Zustimmung zu geben. Somit fehlt die übereinstimmende Willensäusserung der Parteien (62) als Voraussetzung für einen rechtsgültigen Vertrag (63).

Sobald die Mitteilung erfolgt ist, wird der Uebernehmer des Vermögens zum Schuldner des Gläubigers. Der Erwerber tritt somit nicht nur in die Rechte ein, sondern auch in die Pflichten des Veräusserers dem Uebernehmer gegenüber. Daraus folgt, dass die Mitteilung ein Rechtsakt sein muss, durch den nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten begründet werden können; und dies, wie wir gesehen haben, nicht auf dem Wege eines Vertrages.

Für den Begriff der Mitteilung können wir daher festlegen:

Die Mitteilung ist eine Rechtshandlung (64) des Erwerbers, durch die der Gläubiger über die Aenderung eines bestimmten Tatbestandes in Kenntnis gesetzt werden soll (65).

Aus dem Begriff der Mitteilung ergibt sich, dass ihre Wirkungen eintreten, sobald sie dem Gläubiger zugegangen ist (66). Sie ist somit empfangsbedürftige Erklärung des Uebernehmers (67). Nicht notwendig für die Wirkung der Mitteilung ist demnach, dass der Gläubiger auch tatsächlich von ihrem Inhalt Kenntnis erhalten hat (68). Die Wirkungen des Art. 181 OR treten aber nur ein, wenn die Mitteilung tatsächlich erfolgt ist. Wie das Vermögen mit Aktiven und Passiven und der rechtsgültige Vertrag, so ist auch die Mitteilung Haftungsvoraussetzung. Ist die Mitteilung nicht erfolgt, so entsteht folgerichtig keine Verpflichtung des Uebernehmers gegenüber den Gläubigern (69).

61) v. Tuhr a. a. O. II 845 N 122.

62) Art. 1 OR.

63) Schon aus diesem Grunde fällt demnach auch die Möglichkeit ausser Betracht, die Mitteilung als Vertrag zu Gunsten eines Dritten im Sinne von Art. 110 zu konstruieren. Treadwell a. a. O. 64; Des Gouttes a. a. O. 37.

64) Und zwar stellt sie sich dar als eine Vorstellungsäusserung, v. Tuhr a. a. O. I 167: "Aeusserung einer Vorstellung in der Absicht, bei anderen Menschen dieselbe Vorstellung hervorzurufen".

65) Vgl. dazu: Bühler a. a. O. 32; Des Gouttes a. a. O. 38.

66) v. Tuhr a. a. O. II 845 N 123. Für einen im Zeitpunkt der Mitteilung abwesenden Gläubiger wirkt die Mitteilung erst dann, wenn angenommen werden muss, dass sie ihm tatsächlich zugegangen ist. Vgl. dazu von Rüts a. a. O. 112.

67) Becker a. a. O. Art. 181 N 17.

68) Bühler a. a. O. 34. Auch ein konkludentes Verhalten des Erwerbers kann in diesem Sinne als Mitteilung aufgefasst werden, Lanz, Parteiwechsel bei Miete und Dienstvertrag (Diss. Zürich 1934) 78.

69) v. Tuhr a. a. O. II 845; Bühler a. a. O. 36; BGE 49 II 250 E 2.

2. Form und Arten der Mitteilung

Art. 181 I Satz 2 OR lautet: "..., sobald von dem Uebernehmer die Uebernahme den Gläubigern mitgeteilt oder in öffentlichen Blättern ausgekündigt worden ist". Der Wortlaut des Gesetzes unterscheidet somit zwischen einer direkten, persönlichen Mitteilung, und einer indirekten, öffentlichen Bekanntmachung.

Die direkte, persönliche Mitteilung ist durch das Gesetz an keine besondere Form gebunden. Im Zweifelsfalle ist eine Mitteilung immer ausreichend, wenn die verwendete Form ortsüblich ist (70). So können dazu gezählt werden:

a) Zirkulare, Briefe, Rundschreiben. Sie müssen an einen bestimmten Gläubiger gerichtet sein. Aus ihrem Inhalt muss ersichtlich sein, dass die Mitteilung vom Uebernehmer aus gegangen ist (71).

b) Die persönliche Mitteilung an die Gläubiger kann auch mündlich erfolgen. In diesem Sinne hat die Gerichtspraxis entschieden, dass auch eine direkte telephonische Benachrichtigung der Gläubiger als Haftungsvoraussetzung genügt (72).

Auch für die öffentliche Bekanntmachung stehen dem Uebernehmer verschiedene Möglichkeiten offen. Diese Art der Mitteilung ist ebenfalls nicht formgebunden. Bedingung ist, dass nur derartige "Publikationsmittel" verwendet werden, bei denen die Wahrscheinlichkeit besteht, dass die Gläubiger davon Kenntnis erhalten (73).

a) Es genügt somit die Veröffentlichung des Vermögensüberganges in jeder Zeitung, bei der angenommen werden muss, dass sie dem Gläubiger zukommt (74). Ausreichend ist immer die Auskündigung im schweiz. Handelsamtsblatt (75).

b) Auf Grund der Öffentlichkeit des Handelsregisters (76) genügt für die Wirkung der Mitteilung im Sinne des Art. 181 OR, dass der Uebernehmer den Vermögensübergang im Handelsregister eingetragen hat und diese Eintragung veröffentlicht ist (77).

70) Becker a.a.O. Art. 181 N 17.

71) Z. B. durch die Unterschrift des Uebernehmers. Dass die Mitteilung vom Uebernehmer ausgehen muss, geht aus dem Wortlaut von Art. 181 OR hervor.

72) BGE 60 II 105.

73) Bühler a.a.O. 31; contra: Becker a.a.O. Art. 181 N 17 in fine, der auch denjenigen Uebernehmer haften lässt, von dessen Mitteilung die Gläubiger keine Kenntnis erhielten.

74) Darunter fallen, neben den ortsüblichen Tageszeitungen, z. B. auch Fachzeitschriften, wie die Schweizerische Wirtzeitung, Uhrmacherzeitung usw.

75) Hasler a.a.O. 137; Bühler a.a.O. 31.

76) Art. 930 OR.

77) Bühler a.a.O. 31; Des Gouttes a.a.O. 43. Dermassen kommt auch dieser Eintragung, wenn sie veröffentlicht wurde, der Charakter einer öffentlichen Bekanntmachung zu.

3. Inhalt der Mitteilung

Aus der Mitteilung muss ersichtlich sein, dass ein Vermögen oder ein Geschäft übergegangen sind, d.h. dass der Uebernehmer in die Rechte des Veräusserers getreten ist. Die Passiven müssen in der Mitteilung nicht ausdrücklich erwähnt werden (78), doch ist es notwendig, dass die Mitteilung in Bezug auf den Passivenübergang unmissverständlich ist. Dass auch die Passiven mitübernommen wurden, ergibt sich schon aus der Begriffsbestimmung des Vermögens, ansonst eine Vermögensübernahme im Sinne von Art. 181 OR nicht stattgefunden hat.

Es steht dem Uebernehmer frei, durch die Mitteilung gewisse Passiven auszuschliessen (79). Für diese Forderungen wird der Gläubiger dem Uebernehmer gegenüber folgerichtig nicht klageberechtigt, denn die Mitteilung gilt dermassen, wie sie kundgegeben wurde. Bedingung für die Wirkung dieser Vorbehalte dem Uebernehmer gegenüber ist nur, dass sie aus der Mitteilung deutlich ersichtlich sind (80). Werden diese Vorbehalte nachträglich mitgeteilt, so gilt dem Gläubiger gegenüber das ganze Vermögen als übergegangen.

78) Becker a.a.O. Art. 181 N 18.

79) v. Tuhr a.a.O. II 847 N 130; Des Gouttes a.a.O. 46; BGE 60 II 105.

80) Becker a.a.C. Art. 181 N 19.

3. Kapitel

WIRKUNGEN ZWISCHEN DEN PARTEIEN

A. ALLGEMEINE GRUNDSÄTZE FÜR DAS INNENVERHÄLTNISS ZWISCHEN VERÄUSSERER UND UEBERNEHMER BEI DER UEBER- NAHME EINES VERMOEGENS ODER EINES GESCHÄFTES

I. Allgemeines. Einfluss der Begriffsbestimmungen von Vermögen und Geschäft auf das Innenverhältnis zwischen den Parteien

1. In diesem Zusammenhang sollen einige allgemein gültige Grundsätze für das Innenverhältnis zwischen den Parteien erörtert werden, die gemeinsam auf das Vermögen und auf das Geschäft anwendbar sind.

Aus den bisherigen Ausführungen geht hervor, dass das Geschäft im Sinne von Art. 181 OR ein Vermögen mit Aktiven und Passiven darstellt. Es sollen daher vorerst diejenigen Grundsätze festgelegt werden, die auf die Uebernahme eines Vermögens im allgemeinen anwendbar sind, ohne dabei die besonderen Bestimmungen zu berücksichtigen, die sich aus der Uebernahme eines Geschäftes auf Grund seiner Zweckbestimmung ergeben.

2. Das Innenverhältnis zwischen den Parteien, d.h. die Beziehungen, die zwischen Veräusserer und Uebernehmer entstehen, wird von unserem Vermögensbegriff unmittelbar beeinflusst. Der Vermögensbegriff im Sinne von Art. 181 OR ist ein rein juristischer. Die Beziehungen, die durch die Uebernahme eines solchen Vermögens entstehen, sind die Rechtsbeziehungen zwischen Veräusserer und Uebernehmer. Nun gehören aber, wie wir gesehen haben, auch die Passiven begriffsnotwendig zum Vermögen. Diese Einbeziehung der Passiven in den Vermögensbegriff erweitert den Kreis der beteiligten Parteien, da durch diese Schuldübernahme auch die Gläubiger an der Vermögensübernahme interessiert sind. In diesem Zusammenhang interessiert uns aber nur das durch die Rechtsbeziehungen entstandene Innenverhältnis zwischen Veräusserer und Uebernehmer.

3. Das Vermögen ist eine Einheit in Beziehung auf das Rechtssubjekt. Trotzdem umfasst die Uebertragung im Sinne von Art. 181 OR nicht das ganze, einer Person zustehende Vermögen, sondern nur einen Vermögenskomplex. Das Geschäft stellt einen derartigen, selbständig veräusserlichen Vermögenskomplex dar. Daraus ergibt sich nun die Dualität der beiden Begriffsbestimmungen von Vermögen und Geschäft, indem das Gesetz das Geschäft als Hauptanwendungsfall einer Vermögensübernahme anerkannt hat (1). Folgerichtig ergeben sich auch die Beziehungen zwischen Geschäftsveräusserer und Geschäftsübernehmer aus der Begriffsbestimmung, die wir für das Vermögen festgelegt haben. Abweichungen von diesen allgemeinen Grundsätzen ergeben sich erst dort, wo infolge der Geschäftsübernahme neue Gesichtspunkte berücksichtigt werden müssen.

1) Vorne 14/15.

II. Der Uebnahmevertrag und sein Einfluss auf das Innenverhältnis zwischen Veräusserer und Uebernehmer

1. Das Gesetz stellt keine besonderen Bestimmungen darüber auf, wie das Innenverhältnis zwischen Veräusserer und Uebernehmer geregelt sein soll. Massgebend für die aus der Uebnahme resultierenden Rechtsbeziehungen zwischen Veräusserer und Uebernehmer sind vielmehr die allgemeinen Bestimmungen des Gesetzes. Welche anwendbar sind, hängt von der Art ab, wie die Uebnahme vollzogen wird. Massgebend für das Innenverhältnis der Parteien sind demnach immer die dem Uebnahmevertrag zu Grunde liegenden speziellen Bestimmungen. Dieser Uebnahmevertrag kommt durch Konsens zwischen Veräusserer und Uebernehmer zustande, d.h. es müssen alle Voraussetzungen für einen obligatorischen Vertragsabschluss erfüllt sein (2).

Der Vertrag ist somit nicht nur Voraussetzung für eine rechtsgültige Vermögensübernahme, sondern bestimmt auch das Verhältnis zwischen Veräusserer und Uebernehmer.

2. Der Einfluss des Uebnahmevertrages auf das Innenverhältnis äussert sich nun darin, dass es den Parteien auf Grund des Vertrages frei steht, ihr gegenseitiges Verhältnis durch interne Abmachungen zu gestalten. Diese Bewegungsfreiheit der Parteien wird nur dort eingeschränkt, wo das Gesetz für gewisse Verträge eine besondere Form vorschreibt (3).

In den meisten Fällen werden sich die Parteien eines Inventars bedienen, um darin ihren Willen deutlich zu bekunden. Daraus geht hervor, worin der Vermögenskomplex besteht, d.h. wieviele Aktiven und Passiven übergehen sollen. Die Errichtung eines Inventars ist nicht zwingende Vorschrift. Es bietet aber für die Parteien die sicherste Grundlage, um im Streitfalle ihren Willen erkennbar zu machen (4).

III. Nicht übertragbare Objekte

1. Begriff und Wesen. Gegenstand der Uebnahme sind Aktiven und Passiven eines Vermögens (5). Diese sind verschieden, je nach der Art des Vermögenskomplexes, der im Uebnahmevertrag genannt ist. Davon zu unterscheiden sind diejenigen Vermögensobjekte, die nicht übertragen werden können. Die causa ihrer Unübertragbarkeit ist nicht von Bedeutung.

2) Vorne 27.

3) Vorne 28/29.

4) Treadwell a.a.O. 28; Domke a.a.O. 52.

5) Vorne 24 ff.

2. Fehlen der Uebertragbarkeit des Objectes

a) Von der Uebernahme sind diejenigen Gegenstände ausgenommen, die sich der Veräußerer im Vertrag ausdrücklich vorbehält (6), ferner die zum persönlichen Gebrauch des Veräußerers bestimmten Gegenstände. Ohne im Vertrag genannt zu werden, gelten sie als stillschweigend von der Uebernahme ausgeschlossen (7).

b) Gewisse Vermögensobjekte können durch Rechtsgeschäft nicht übertragen werden und können folglich nicht Gegenstand eines Uebernahmevertrages sein (8). Zu diesen unveräußerlichen Vermögensobjekten sind zu rechnen:

aa) Die Nutzniessung. Sie ist ein rein persönliches Recht und kann nicht von einer Person auf eine andere übertragen werden. Nur die Ausübung ist unter Umständen übertragbar (9).

bb) Die der Nutzniessung ähnliche Nutzung des Ehemannes am eingebrachten Frauengut (10) und die Nutzung der Eltern am Vermögen der unmündigen Kinder (11).

cc) Aehnlich wie die Nutzniessung behandelt das Gesetz das Wohnrecht (12). Es ist ebenfalls ein höchstpersönliches Recht und daher unübertragbar. Ein Unterschied zur Nutzniessung besteht darin, dass das Wohnrecht auch zur Ausübung nicht übertragen werden kann (13).

dd) Ebenfalls nicht übertragbar ist der Genugtuungsanspruch bei Verlöbnißbruch (14). Sind hingegen die Voraussetzungen von Art. 93 II ZGB erfüllt, so kann auch dieser Anspruch als Vermögensteil übertragen werden.

6) Vorne 9.

7) Francke a. a. O. 60.

8) Francke a. a. O. 60 und Beyersdorff a. a. O. 28 für das BGB.

9) Art. 758 I ZGB; Tuor a. a. O. 555.

10) Art. 201 ZGB.

11) Art. 292 ZGB.

12) Art. 776 ff. ZGB.

13) Tuor a. a. O. 560.

14) Art. 93 ZGB. Wohl stellt sich dieser Genugtuungsanspruch als ein Aktivum eines Vermögens dar. Der Betroffene soll aber nicht für materiellen Schaden entschädigt werden. Der Gedanke des Gesetzgebers war vielmehr der, durch die Genugtuung den unschuldig Verlassenen für die Verletzung der Persönlichkeit, besonders für die Verletzung der ethischen Gefühle zu entschädigen. Daher die höchstpersönliche, unübertragbare und unvererbliche Natur dieses Genugtuungsanspruches. Vgl. dazu Tuor a. a. O. 126/27.

IV. Gewährleistungspflicht des Veräusserers

1. Allgemeines über die Gewährleistung

Wir gehen auch für die Besprechung der Gewährleistung von dem Grundsatz aus, der für unsere Arbeit immer wieder wegweisend ist: Der Veräusserer verpflichtet sich durch den Uebernahmevertrag, dem Erwerber ein Vermögen mit Aktiven und Passiven zu übertragen. Diese Uebertragung des Vermögens schliesst für den Veräusserer die Pflicht in sich, dem Uebernehmer dafür einzustehen, dass dieser das Vermögen so übernehmen kann, wie es vertraglich vereinbart wurde (15). Dieses "einstehen müssen" ist die gesetzlich festgelegte Gewährleistungspflicht des Veräusserers im Sinne der Art. 192 ff. und 197 ff. OR.

Aus dem Begriff der Gewährleistung geht hervor, dass sie sich als eine Haftung für das veräusserte Objekt darstellt (16). Diese Haftung kann in zweifacher Hinsicht erfolgen. Auf der einen Seite hat der Veräusserer dafür Gewähr zu leisten, dass der Erwerber das uneingeschränkte Herrschaftsrecht über die veräusserte Sache erwirbt: Rechtsgewährleistung. Andererseits hat der Veräusserer aber auch für körperliche und rechtliche Eigenschaften der Sache einzustehen: Sachgewährleistung. Das Obligationenrecht bringt für beide, Rechtsgewährleistung und Sachgewährleistung, verschiedene Bestimmungen zur Anwendung; Art. 192 ff. OR einerseits, Art. 197 ff. OR andererseits.

Aus dem Begriff der Gewährleistung ersehen wir, dass diese Rechtsätze auch für die Veräusserung eines Vermögens zur Anwendung kommen, und zwar aus folgender Ueberlegung: Das Vermögen tritt rechtlich als Summe aktiver und passiver Vermögensbestandteile in Erscheinung. Die aktiven Bestandteile stellen sich dar als die Rechte, die am veräusserten Objekt bestehen. Die Uebertragung eines aktiven Vermögensbestandteils erfolgt folglich durch die Verschaffung des uneingeschränkten Rechts am veräusserten Objekt. Sofern es sich um Sachen handelt, sind die Bestimmungen über die Rechtsgewährleistung anzuwenden. Andererseits darf das Objekt aber auch keine Mängel in körperlicher oder wirtschaftlicher Hinsicht aufweisen, weshalb auch die Bestimmungen über die Sachgewährleistung anwendbar sind.

-
- 15) Folglich ist die Gewährleistungspflicht, im Gegensatz zum Konkurrenzverbot und zur Konventionalstrafe, kein Bestandteil des Vertrages, sondern wie das Bundesgericht in 71 II 241 sagt, vielmehr eine auf Treu und Glauben zurückführende gesetzliche Haftung.
- 16) Terminologisch ist der Ausdruck Gewährleistung aus dem altgermanischen Begriff "Gewere" hervorgegangen, der besagt, dass derjenige, der eine Sache überträgt, dafür einstehen muss, dass der Erwerber das tatsächliche Gewaltverhältnis über die Sache erwirbt. Liechi, Rechtsgewährleistung und Entwehrung im schweizerischen Obligationenrecht (Diss. Bern 1927) 15/16.

Die Gewährleistungsvorschriften des OR beziehen sich auf den Kauf von Sachen. Art. 181 OR bezweckt aber nicht nur eine Vermögensverschiebung durch Kauf, sondern ganz allgemein die Uebertragung eines Vermögens von einem Subjekt auf ein anderes. Es stellt sich somit die Frage, ob die Gewährleistungsvorschriften des Kaufrechtes auch ganz allgemein auf die Uebernahme eines Vermögens angewendet werden können, d.h. auf die übrigen Veräusserungsverträge, die eine Vermögensverschiebung im Sinne von Art. 181 OR begründen. Diese Frage wird in der Literatur, worunter hauptsächlich die Kommentare des Obligationenrechts in Betracht fallen, in zustimmendem Sinne beantwortet. Diese analoge Anwendung der Gewährleistungsvorschriften über den Kauf wird aber dort eingeschränkt, wo das Gesetz für gewisse Rechtsgeschäfte besondere Vorschriften aufstellt. Dies ist, als Anwendungsfälle einer Vermögensübernahme im Sinne von Art. 181 OR, namentlich der Fall beim Tausch, der Schenkung und der Pacht.

Die Gewährleistungsvorschriften des Art. 192 ff. und 197 ff. OR beziehen sich nur auf bewegliche und unbewegliche Sachen, und, wie wir gesehen haben, auf das Recht an diesen Sachen. Neben dem Eigentumsrecht, als umfassendstes Recht an einer Sache, haben wir auch die Forderungen zu den aktiven Vermögensbestandteilen gezählt (17). Die Gewährleistungspflicht des Veräusserers für diese Forderungen wird in Art. 171 OR geregelt (18).

Im Folgenden sollen zunächst beim Kauf, als wichtigster Anwendungsfall einer Vermögensübernahme, die wesentlichsten Grundsätze über die Rechtsgewährleistung, die für einen Vermögensübergang in Frage kommen, festgehalten werden. Daran anschliessend wollen wir die übrigen Rechtsgeschäfte erörtern, die eine Vermögensübernahme im Sinne von Art. 181 OR darstellen, bei denen aber das Gesetz besondere, von den allgemeinen Regeln des Kaufrechtes abweichende, Bestimmungen aufstellt.

2. Die Rechtsgewährleistung

a) Beim Kauf. Art. 192 I OR lautet: "Der Verkäufer hat dafür Gewähr zu leisten, dass nicht ein Dritter aus Rechtsgründen, die schon zur Zeit des Vertragsabschlusses bestanden haben, den Kaufgegenstand dem Käufer ganz oder teilweise entziehe". Rechtsgewährleistung bedeutet demnach das Entstehen des Veräusserers dem Uebernehmer gegenüber dafür, dass ihm nicht ein Dritter den Kaufgegenstand wegnimmt oder abstreitet, d.h. entwehrt. In Betracht fallen dabei vor allem das Eigentum, als wichtigster aktiver Vermögensbestandteil, oder sonstige dingliche Rechte, die ein Dritter an der Sache geltend macht. Die Gewährleistungspflicht des Veräusserers nach Art. 192 OR ist von bestimmten Voraussetzungen abhängig, die eintreten müssen, damit die Ansprüche des Erwerbers nach Art. 195/96 OR geltend gemacht werden können. Zu diesen Voraussetzungen sind zu zählen:

17) Vorne 5.

18) Siehe hinten 46 ff.

aa) Der Kaufgegenstand muss dem Käufer ganz oder teilweise entzogen sein. Vollständiger Entzug ist dann anzunehmen, wenn ein Dritter den Kaufgegenstand in vollem Umfange beansprucht. Nur teilweise ist der Entzug, wenn der Dritte ein dingliches Recht nur an einem Teil des Kaufgegenstandes geltend macht oder wenn durch ein beschränkt dingliches Recht die Herrschaft über die Sache beschränkt ist.

bb) Der Käufer muss den Kaufgegenstand bereits erhalten haben, ansonst er den Entzug überhaupt nicht geltend machen kann. Ein schon vor der Uebergabe erfolgter Entzug macht die Erfüllung der Leistung nach Art. 97 OR unmöglich (19).

cc) Die Rechtsgründe, die den Entzug der Kaufsache zur Folge haben, müssen schon zur Zeit des Vertragsabschlusses bestanden haben (20).

dd) Der Käufer muss von der Entwehrungsgefahr zur Zeit des Vertragsabschlusses keine Kenntnis gehabt haben, ansonst er die Gewährleistungsklage nicht erheben kann (21).

Wenn folglich diese Voraussetzungen erfüllt sind, tritt die Haftung des Veräusserers von Gesetzes wegen ein. Bei vollständiger Entwehrung ist Art. 195 OR, bei teilweiser Entwehrung Art. 196 OR massgebend (22).

Die Gewährleistungspflicht des Verkäufers eines Grundstückes wird in Art. 219 OR festgelegt. Dieser Artikel betrifft aber zur Hauptsache nur Quantitätsmängel des verkauften Grundstückes. Ueber die rechtlichen Mängel sagt uns der Artikel nichts aus. Massgebend für die Rechtsgewährleistung bei Grundstücken sind folglich gemäss Art. 221 OR die Bestimmungen über den Fahrniskauf (23).

b) Beim Tausch. Die Gründe dafür, dass auch ein Tauschvertrag eine Vermögensübernahme im Sinne von Art. 181 OR begründet, haben wir an anderer Stelle dargelegt (24). Gemäss Art. 237 OR finden die Regeln des Kaufrechts auf den Tausch analoge Anwendung. Abweichend von diesen allgemeinen Bestimmungen über den Kauf regelt das Gesetz für den Tausch in Art. 238 OR nur die Folgen der Gewährleistung. Voraussetzung und Verfahren der Gewährleistungsklage entsprechen folglich den Bestimmungen über den Kauf (25). Art. 238 OR räumt der geschädigten Partei bei Entwehrung des eingetauschten Gegenstandes das Wahlrecht zwischen Rückforderung des eingetauschten Gegenstandes und Schadenersatz ein.

c) Bei der Schenkung. Die Schenkung eines Vermögens, oder eines Teiles desselben, kann ebenfalls als Vermögensübernahme im Sinne von Art. 181 OR aufgefasst werden (26). Auch hier stellt das Gesetz in Art. 248 II OR für die Gewährleistung eine vom Kaufrecht abweichende Bestimmung auf. Im Gegensatz zu den allgemeinen Regeln des Kaufrechts, ist bei der Schenkung die Gewährleistungsklage vom Grundgeschäft abhängig.

19) Becker a. a. O. II Art. 192 N 3.

20) Becker a. a. O. II Art. 192 N 11.

21) Art. 192 II OR. Liechti a. a. O. 24 und 32/33.

22) Ausführlich darüber bei Liechti a. a. O. 52 ff.

23) So auch Liechti 34.

24) Vorne 31.

25) Oser-Schönenberger a. a. O. II Art. 238 N 1.

26) Vorne 32.

Während beim Kauf die Haftung des Veräusserers von Gesetzes wegen eintritt (27), sobald eine Sache, oder das Recht daran, übertragen wird, hat bei der Schenkung der Veräusserer, d.h. der Schenker, nur die Gewähr zu leisten, für die er sich ausdrücklich verpflichtet hat (28). Eine diesbezügliche Vereinbarung im Uebnahmevertrag ist folglich Voraussetzung, damit die vom Kaufrecht abweichende Bestimmung des Art. 248 II OR eintritt.

d) Bei der Pacht. Die Pacht haben wir zu denjenigen Uebnahmeverträgen gezählt, die nur eine zeitweilige Vermögensübenahme begründen, aber unter gewissen Voraussetzungen trotzdem dem Art. 181 OR unterstellt werden kann (29). Auch bei diesem Vertragsverhältnis soll der Erwerber, d.h. der Pächter, die Gewissheit haben, dass er im vertragsmässigen Gebrauch des Pachtgegenstandes nicht beeinträchtigt oder gestört werde. So ist es z. B. möglich, dass nach Bestellung der Pacht der Pachtgegenstand ganz (als Eigentum) oder nur teilweise (als beschränkt dingliches Recht) durch einen Dritten beansprucht wird.

Der Gesetzesartikel über die Gewährleistung bei der Pacht (Art. 280 OR) verweist auf die Bestimmungen über die Gewährleistung bei der Miete (Art. 258 OR), die analoge Anwendung finden.

Aus dem Wortlaut des Art. 258 OR geht hervor, dass der Vermieter dann für Rechtsmängel haftet, wenn der Mieter in der vertragsmässigen Benutzung des Mietgegenstandes gestört wird oder wenn sich der Anspruch des Dritten mit dem Rechte des Mieters nicht verträgt. Daraus ist ersichtlich, dass hier der Begriff der Entwehrung, im Gegensatz zum Kauf, wesentlich erweitert wird. Der Verkäufer haftet nur dann, wenn dem Käufer der Kaufgegenstand ganz oder teilweise entzogen wird. Der Anspruch des Mieters hingegen ist nicht vom Entzug des Mietgegenstandes abhängig. Er kann geltend gemacht werden, sobald der Mieter in der vertragsmässigen Benutzung gestört wird oder wenn sich der Anspruch des Dritten mit dem Rechte des Mieters nicht verträgt. Dies ist der wesentlichste Unterschied dieser beiden Gewährleistungsbestimmungen.

Die Wirkung der Gewährleistung des Vermieters besteht in der Leistung von Schadenersatz gemäss den Bestimmungen über den Kauf. (Art. 195/196 OR) Daneben ist der Vermieter verpflichtet, den aus der Gewährleistung entstandenen Rechtsstreit zu übernehmen, da der Mieter nicht berechtigt ist, über dingliche Rechte am Mietgegenstand Prozess zu führen (30). Dieser hat nur, wie der Pächter, ein persönliches Recht auf Nutzung oder Gebrauch des Miet- resp. Pachtgegenstandes.

3. Die Gewährleistung nach Art. 197 ff. OR

a) Der Begriff der Sachgewährleistung ergibt sich aus dem Wortlaut des Art. 197 OR. Die Sachgewährleistung bedeutet demnach das Entstehen des Verkäufers dem Käufer gegenüber sowohl für zugesicherte Eigenschaften, als auch für körperliche und rechtliche Mängel der verkauften Sache.

Die Haftung des Veräusserers bei der Sachgewährleistung ist folglich

27) Vgl. vorne 41 N 15.

28) Art. 248 II OR. Näheres darüber bei Liechti a.a.O. 41.

29) Vorne 33/34.

30) Oser-Schönenberger a.a.O. II Art. 258 N 5.

eine Dreifache, im Gegensatz zur Rechtsgewährleistung, wo er dem Uebernehmer gegenüber nur für eventuelle subjektive Rechte Dritter am Kaufgegenstand einzustehen hat.

Für unseren speziellen Fall einer Vermögensveräußerung sind diese Bestimmungen analog anwendbar, sofern es sich bei den einzelnen Bestandteilen um Sachen handelt (31), die körperliche oder rechtliche Mängel aufweisen.

b) Aus dem bisher über die Rechtsgewährleistung und Sachgewährleistung Gesagten ersehen wir, dass die Verpflichtung des Veräusserers nur auf die einzelne Sache geht. Entweder haftet er dafür, dass der Uebernehmer das uneingeschränkte Herrschaftsrecht über die Sache erwirbt, oder er hat für zugesicherte Eigenschaften, körperliche oder rechtliche Mängel einzustehen. Dem gegenüber kann aber der Fall eintreten, dass der Veräusserer nicht nur für die einzelne Sache, sondern für die Gesamtheit der Rechte (an den Sachen) Gewähr zu leisten hat. Dies ist namentlich bei einer Geschäftsveräußerung der Fall, wenn der Veräusserer für eine gewisse Rentabilität des ganzen Betriebes zu garantieren hat. Es stellt sich die Frage, ob diese Garantie als zugesicherte Eigenschaft im Sinne von Art. 197 OR aufzufassen ist, d.h. ob sich die zugesicherten Eigenschaften nur auf einzelne Sachen, oder, in übertragenem Sinne, auch auf das ganze Geschäft beziehen können. In der Literatur wird diese Frage im allgemeinen in bejahendem Sinne beantwortet (32).

Entscheidend für diese Auffassung der genannten Kommentatoren war ein Entscheid des Bundesgerichtes (33) aus dem Jahre 1919. In diesem Entscheid vertritt das Bundesgericht den Standpunkt, dass zwischen den wirtschaftlichen Eigenschaften eines Geschäftes einerseits, und den rechtlichen und körperlichen Mängeln anderseits, gar kein grundsätzlicher Unterschied besteht. Auch rechtliche und körperliche Mängel seien deswegen als Mängel zu betrachten, weil sie den wirtschaftlichen Wert der Kaufsache beeinträchtigen. Diese Ueberlegung ist wohl richtig, wenn es sich, wie im Falle, den das Bundesgericht im genannten Entscheid zu beurteilen hatte, um die Rendite eines Zinshauses handelt. Eine analoge Anwendung auch auf die Rentabilität eines Geschäftes ist aber wegen der einjährigen Verjährungsfrist der Sachmängel (Art. 210 OR) nicht angebracht. In den meisten Fällen wird es nämlich dem Erwerber eines Geschäftes nach Ablauf eines Jahres nicht schon möglich sein, auf Grund einer einzigen Jahresbilanz die Rendite eines Geschäftes zu beurteilen (34). Die Zusicherung einer bestimmten Rentabilität des Geschäftes ist aus diesem Grunde nicht als zugesicherte Eigenschaft im Sinne von Art. 197 OR aufzufassen. Wird nicht der Gewinn erzielt, den der Veräusserer dem Uebernehmer im Vertrag zugesichert hat, wurde der Vertrag nicht gehörig erfüllt. Es kommen demnach die Haftungsgrundsätze des Art. 97 ff. OR betreffend mangelhafte Erfüllung des Vertrages zur Anwendung. Folglich erlischt der Anspruch des Uebernehmers auf Schadenersatz gemäss Art. 127 OR erst nach 10 Jahren (35).

31) Für die Forderungen vgl. hinten 46.

32) Becker a.a.O. II Art. 197 N 9, Oser-Schönenberger a.a.O. II Art. 197 N 9.

33) 45 II 445.

34) Dies trifft besonders bei den sogenannten Saisongeschäften zu. Des Gouttes a.a.O. 71.

35) So auch Wieland a.a.O. 266; Treadwell a.a.O. 88.

4. Gewährleistung bei Abtretung von Forderungen

a) Der Grund der Haftung des Veräusserers (Zedenten) einer Forderung dem Uebernehmer (Zessionar) gegenüber liegt im Grundgeschäft begründet, das der Forderungsabtretung zu Grunde liegt. Diese Ueberlegung ergibt sich aus dem Wortlaut des betreffenden Artikels (Art. 171 OR), der ausdrücklich zwischen entgeltlicher und unentgeltlicher Forderungsabtretung unterscheidet. Hingegen stellt das Gesetz im genannten Artikel keine Bestimmungen darüber auf, wie die Gewährleistung einer abgetretenen Forderung für die übrigen Grundgeschäfte geregelt sein soll. Die Trennung zwischen entgeltlicher und unentgeltlicher Forderungsabtretung ist dahin auszulegen, dass die übrigen Grundgeschäfte (Kauf, Tausch usw. bei der entgeltlichen, die Schenkung bei der unentgeltlichen Abtretung) Anwendungsfälle dieser beiden Gruppen darstellen. Die Interpretation dieses Artikels ist folglich eine extensive. Die betreffenden Gewährleistungsbestimmungen über den Kauf bei einer entgeltlichen und über die Schenkung bei einer unentgeltlichen Abtretung sind daher ergänzend anwendbar (36). Ein weiterer Beweis dafür, dass die Haftung aus Art. 171 OR vom Grundgeschäft abhängig ist, ergibt sich aus Art. 173 II OR, wonach die Haftung für eine Forderung, die von Gesetzes wegen übergeht, ausgeschlossen wird.

b) Der Zedent der Forderung haftet für die abgetretene Forderung in zweifacher Hinsicht: Die Gewährleistung für den Bestand der Forderung (Verität) und die Haftung für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners (Bonität).

Für den Bestand der Forderung haftet der Zedent zur Zeit der Abtretung (Art. 171 I OR). Folglich ist der Zessionar klageberechtigt, wenn die Forderung zur Zeit der Abtretung nicht existierte. Entweder ist die Forderung gar nicht zur Entstehung gekommen, oder sie war im Zeitpunkt der Abtretung bereits getilgt (37). Die Frage, ob die Forderung tatsächlich bestehe, beurteilt sich demnach nach dem Zeitpunkt der Zession. Ist hingegen die Forderung im Moment der Abtretung noch nicht fällig, beginnt die Haftung des Zedenten erst mit der Fälligkeit der Forderung (38).

Die Haftung des Zedenten für den Bestand der Forderung betrifft nicht nur das tatsächliche Bestehen der Forderung, sondern auch eine rechtliche Belastung derselben, wie z. B. ein Pfandrecht an der Forderung (39).

Im Gegensatz zur Haftung für den Bestand der Forderung, die von Gesetzes wegen eintritt, wenn die erwähnten Voraussetzungen erfüllt sind, haftet der Zedent für die Güte der Forderung nur dann, wenn er sich dazu verpflichtet hat (Art. 171 II OR). Folglich bedarf es für die Wirkung dieser Gewährleistungspflicht einer ausdrücklichen Zusicherung des Zedenten im Uebnahmevertrag. Diese Gewährleistungspflicht stellt sich dar als eine Garantie des Zedenten für das Zahlenkönnen des Schuldners (40). Für noch nicht fällige Forderungen beginnt auch hier die Haftung erst im Zeitpunkt der Fälligkeit. Dem Zedenten kann nicht zugemutet werden, bei einer Verschlechterung der Zahlungsfähigkeit des Schuldners auch für noch nicht fällige Forderungen einzustehen (41).

36) So auch v. Tuhr a. a. O. II 779/780; Oser-Schönenberger a. a. O. I Art. 171 N 1 & 2. Anderer Meinung ist Becker a. a. O. I Art. 171 N 2.

37) Oser-Schönenberger a. a. O. I Art. 171 N 7.

38) Oser-Schönenberger a. a. O. I Art. 171 N 9. BGE 27 II 552.

39) Liechti a. a. O. 47.

40) Vgl. dazu BGE 68 II 179.

41) Becker a. a. O. I Art. 171 N 13.

V. Verpflichtungen des Uebernehmers eines Vermögenskomplexes im allgemeinen

1. Uebernahme der Schulden gemäss Vertrag

Die Uebernahme der Schulden ist Voraussetzung der Haftung aus Art. 181 CR (42), sodass der Uebernehmer verpflichtet ist, die Passiven zu tragen.

Massgebend für den Umfang der übernommenen Schulden ist der Vertrag. Es steht den Parteien folglich frei, namentlich die Höhe der Schulden, die übernommen werden sollen, selbst zu bestimmen (43). Es ist dabei möglich, dass sich die Parteien auf ein Inventar berufen, in dem die Höhe von Aktiven und Passiven festgelegt wurde, und dass vereinbart wird, dass nur die inventierten Schulden übernommen werden sollen. Eine solche Vereinbarung erzeugt aber nur interne Wirkungen zwischen Veräusserer und Uebernehmer. Den Gläubigern gegenüber haftet der Uebernehmer für sämtliche Schulden. Ausgenommen davon sind nur diejenigen Schulden, für die die Uebernahme in der Mitteilung an die Gläubiger ausdrücklich abgelehnt wird (44). Im Zweifelsfalle wird als Vertragswirkung angenommen, dass sämtliche Schulden übergegangen sind. Diese Ausnahme widerspricht nicht der ratio des Art. 181 OR (45). Die Uebernahme der Passiven bezweckt eine Schuldübernahme im Sinne von Art. 181 II OR. Die aus dieser Schuldübernahme Dritten gegenüber entstehenden Verpflichtungen des Uebernehmers gegenüber dem Veräusserer und den Gläubigern werden im 4. Kapitel eingehend besprochen.

2. Verpflichtungen des Uebernehmers bei unentgeltlicher Uebernahme

Der Ausdruck "Uebernahme" umfasst alle diejenigen Verträge, durch die ein Vermögen von einem Schuldner auf einen anderen übertragen wird (46). Diese Uebertragung kann entgeltlich oder unentgeltlich sein. Der Wortlaut von Art. 181 CR spricht nicht gegen diese Annahme.

Als Anwendungsfälle einer unentgeltlichen Uebernahme kommen die Vermögensschenkung oder die Erbeneinsetzung in Betracht. Für denjenigen, der mit einem Vermögen beschenkt wurde, entstehen nun einige besondere Verpflichtungen. Es handelt sich dabei um solche Pflichten des Uebernehmers, die nur im internen Verhältnis der Vertragsparteien Wirkungen erzeugen. Sie beziehen sich folglich nur auf das Verhältnis zwischen Schenker und Beschenktem. Zu diesen Pflichten sind zu zählen:

42) Vgl. vorne 24.

43) Ausführlich darüber vorne 25/26. Des Gouttes a.a.O. 72; Vaucher a.a.O. 84.

44) Vorne 37. Diese Auffassung vertritt das Bundesgericht in 60 II 104/105.

45) Treadwell a.a.O. 71; Domke a.a.O. 58. Diese Folgerung schliesst das Prinzip der Konnexität nicht aus. Vgl. vorne 26. Denn von einem "Zweifelsfalle" darf wohl nur dann gesprochen werden, wenn auf der aktiven Seite die Uebernahme sämtlicher Rechte vereinbart wurde.

46) Vgl. vorne 23.

a) Die Schenkung entsteht auf Grund eines Vertrages, d.h. durch Vereinbarung beider Parteien. Somit ist sie ein Anwendungsfall der unter dem terminus technicus "Uebernahme" zusammengefassten Verträge. Zur Gültigkeit der Schenkung muss der Beschenkte die Schenkung annehmen (47). Diese Annahme stellt sich auf Grund der Vertragsnatur der Schenkung als eine Pflicht des Beschenkten dem Schenker gegenüber dar.

b) Auch ein Handlungsunfähiger kann, sofern er urteilsfähig ist, eine Schenkung rechtsgültig erwerben (Art. 241 I OR). Der Absatz II des genannten Artikels beschränkt aber den handlungsunfähigen Beschenkten dahin, dass die Schenkung nicht erworben oder aufgehoben wird, wenn der gesetzliche Vertreter deren Annahme untersagt oder die Rückleistung anordnet. (48) Daraus entsteht für den Beschenkten folglich die Pflicht, das Objekt der Schenkung dem Schenker zurückzuerstatten. Für Objekte, die der Handlungsunfähige nicht mehr zurückerstatten kann, ist er nicht entschädigungspflichtig (49).

c) Der Schenker kann die Schenkung mit Bedingungen oder Auflagen belasten (50). Diese widersprechen nicht dem Prinzip der Unentgeltlichkeit der Schenkung und stellen somit keine Gegenleistung des Beschenkten dar. Die Pflicht, die dem Beschenkten aus Auflagen entsteht, ist somit die, im Sinne des Schenkers irgendwelche Handlungen vorzunehmen. Der Beschenkte darf die Ausführung der Auflagen nur dann verweigern, wenn die dafür aufgewendeten Kosten den Wert der Schenkung übersteigen würden (51).

d) Einen ähnlichen Fall, wie den eben besprochenen, regelt das Gesetz in Art. 247 I OR. Der Schenker kann an die Schenkung die Bedingung knüpfen, dass das geschenkte Objekt an den Schenker zurückfallen soll, wenn der Beschenkte vor ihm stirbt (52). Diese Verpflichtung des Beschenkten beurteilt sich nach den Bestimmungen des Art. 152 OR. Danach darf der bedingt Verpflichtete keine Vorkehrungen treffen, die die Erfüllung der bedingten Verpflichtung vereiteln oder beeinträchtigen würden (53).

In diesem Sinne kann bei einer bedingten Vermögensschenkung als Pflicht des Beschenkten aufgefasst werden, keine Verfügungen vorzunehmen, die das Eigentum einschränken, oder, im Falle einer bedingten Geschäftsübernahme, während der Schwebezeit das Geschäft nicht mit einer Nutzniessung zu belasten (54).

e) Schliesslich entstehen für den Beschenkten noch aus Art. 249 OR Pflichten gegenüber dem Schenker. Diese bestehen darin, unter bestimmten Voraussetzungen das Geschenke dem Schenker zurückzuerstatten, soweit der Beschenkte daraus noch bereichert ist (55).

47) Art. 244 OR. Vgl. vorne 27 über die allgemeinen Vertragsvoraussetzungen. Guhl, Das schweizerische Obligationenrecht (4. A. Zürich 1948) 264. v. Tuhr, SJZ 18, 201. Oser-Schönenberger a.a.O. II Art. 239 N 20.

48) Geht aus Art. 19 II ZGB hervor. Oser-Schönenberger a.a.O. II Art. 241 N 1.

49) Oser-Schönenberger a.a.O. II Art. 241 N 2.

50) Art. 245 I OR.

51) Art. 245 III OR; Oser-Schönenberger a.a.O. II Art. 245 N 4.

52) Gemäss Art. 247 II OR kann, sofern auch Grundstücke oder dingliche Rechte daran Gegenstand der Schenkung sind, dieses Rückfallsrecht im Grundbuch vorgemerkt werden.

53) Oser-Schönenberger a.a.O. I Art. 152 N 6.

54) Becker a.a.O. I Art. 152 N 3.

55) Art. 249 I OR.

- aa) Bei Begehen eines Verbrechens gegenüber dem Schenker oder einer ihm nahestehenden Person (56).
- bb) Bei Verletzung familienrechtlicher Pflichten des Beschenkten gegenüber dem Schenker oder dessen Angehörigen (57).
- cc) Bei ungerechtfertigter Nichterfüllung der mit der Schenkung verbundenen Auflagen (58).

3. Verpflichtungen des Uebernehmers bei entgeltlicher Uebernahme

Die entgeltliche Uebernahme ist der häufigste Anwendungsfall der Vermögensübernahme. Es interessieren uns auch hier nur die Pflichten, die dem Uebernehmer gegenüber dem Veräusserer entstehen.

Die Pflicht, ein Entgelt zu leisten, entsteht für den Uebernehmer nicht kraft Gesetzes. Dies ergibt sich daraus, wie wir eben gesehen haben, dass ein Vermögen auch unentgeltlich übernommen werden kann. Erst im Uebernahmevertrag wird vereinbart, worin die Gegenleistung des Uebernehmers besteht.

Die im Vertrag vereinbarte Gegenleistung kann sehr verschieden sein. Sie entspricht der auf den Einzelfall zutreffenden Uebernahmeart (59). Als Gegenleistung kann auch die Uebernahme eines Teils der Schulden angerechnet werden (60). Dies aber nur soweit, als der Wert der Gegenleistung grösser oder gleich hoch ist wie der Wert der übernommenen Schulden. Ueberwiegen nämlich die Schulden den Wert der Gegenleistung, würde der Vertrag gegen das Prinzip des Gläubigerschutzes verstossen. Bei Insolvenz des Veräusserers müssen die Gläubiger die Möglichkeit haben, ihre Ansprüche aus der Gegenleistung zu decken (61).

4. Verpflichtungen des Uebernehmers bei zeitweiliger Uebernahme eines Vermögens

Bei dieser Uebernahmeart erwirbt der Uebernehmer das Vermögen nur vorübergehend. Der Uebernehmer wird demnach nicht Eigentümer, sondern nur Besitzer des übernommenen Vermögens (62). Darin unterscheidet sich diese Uebernahmeart von der definitiven Vermögens-

56) Art. 249 Ziff. 1 OR.

57) Art. 249 Ziff. 2 OR.

58) Art. 249 Ziff. 3 OR.

59) Des Gouttes a.a.O. 73.

60) Vaucher a.a.O. 44.

61) Vgl. dazu auch Beyersdorff a.a.O. 28 für das BGB.

62) Ausgenommen sind die verbrauchbaren Gegenstände, an denen der Nutzniesser ex lege das Eigentum erwirbt. Voraussetzung ist allerdings, dass die Parteien nichts anderes vereinbart haben. Hingegen ist der Nutzniesser für den Wert, den die Sachen bei Beginn der Nutzniessung hatten, ersatzpflichtig. Art. 772 I ZGB. Des Gouttes a.a.O. 147.

übernahme (63). Die Pflichten des zeitweiligen Vermögensübernehmers weichen von denjenigen eines definitiven Vermögensübernehmers in einigen wesentlichen Punkten ab. Sie sollen daher in dieser Beziehung besonders behandelt werden.

Wie der Kauf bei der definitiven Vermögensübernahme, so ist die Nutzniessung (64) der Hauptanwendungsfall einer zeitweiligen Uebernahme eines Vermögenskomplexes im Sinne von Art. 181 OR. Es interessieren uns daher vor allem die Bestimmungen über die Nutzniessung. Die nennenswerten Abweichungen von diesen allgemeinen Grundsätzen für die übrigen zeitweiligen Uebernahmearten werden von Fall zu Fall erwähnt werden.

Der Erwerber eines Vermögens bei zeitweiliger Uebernahme hat die Pflicht, den übernommenen Vermögenskomplex nach Beendigung des Vertrages zurückzuerstatten (65). Während der Dauer des Vertrages darf er vom übernommenen Vermögen nur soweit Gebrauch machen, als es die Vertragsbestimmungen erlauben.

Der Anspruch des Nutzniessers eines Vermögens geht auf den Ertrag aus diesem Vermögen. Andererseits hat er aber auch alle Zinsen und Abgaben, die aus diesem Vermögen entstehen, zu übernehmen (66).

Der Nutzniesser eines Vermögens hat auch die Kapitalschulden zu verzinsen. Sie werden ihm durch den Veräusserer vom Reinertrag abgezogen. Die Nutzniessung beschränkt sich somit auf den verbleibenden Ueberschuss der Vermögenswerte (67).

Der Mieter hat das Recht zur Benutzung und Bewirtschaftung des Mietgegenstandes. Dieser Gebrauch kann dem Mieter dann zur Pflicht werden, wenn durch den Nichtgebrauch dem Vermieter eine Wertverminderung des Mietgegenstandes entstehen würde (68).

63) Vgl. vorne 30, wo die verschiedenen Fälle aufgezählt sind.

64) Ueber die Nutzniessung eines Vermögens vgl. vorne 33.

65) Der Nutzniesser auf Grund von Art. 751 ZGB. Er hat für verschuldeten Minderwert oder Untergang des Nutzungsgegenstandes Ersatz zu leisten. Art. 752 I ZGB. Den Minderwert durch ordnungsmässigen Gebrauch hat der Nutzniesser nicht zu ersetzen, sofern er nicht nachweist, dass dieser Schaden ohne sein Verschulden eingetreten ist. Treadwell a.a.O. 103 für die Nutzniessung an einem Geschäft. Des Gouttes a.a.O. 147. Die Rückerstattung des Pächters erfolgt auf Grund von Art. 298 IOR. Bei Beendigung der Pacht hat der Pächter den Pachtgegenstand und die Inventarstücke in dem Zustand, wie sie sich befinden, zurückzuerstatten. Für vermeidbare Verschlechterungen hat er Ersatz zu leisten. Art. 298 II OR. Hingegen hat der Pächter keinen Anspruch auf Ersatz wegen angebrachter Verschlechterungen. Art. 298 III OR. Treadwell a.a.O. 117 für das Geschäft.

66) Art. 765 ZGB für die Nutzniessung und Art. 288 OR für den Vermögenspächter. Des Gouttes a.a.O. 148; Treadwell a.a.O. 116 für die Pacht und 101 in fine für die Nutzniessung.

67) Art. 766 ZGB. Vgl. dazu Tuor a.a.O. 559.

68) BGE 68 II 237 ff.; Guhl a.a.O. 279/80.

Die Pacht ist immer entgeltlich (69). Es entsteht dem Pächter demnach die Pflicht zur Entrichtung des Entgeltes (70). Als Entgelt in diesem Sinne sind auch die Abgabe eines Teils der genossenen Früchte oder erzielten Erträge, oder Arbeitsleistungen des Pächters selbst zu betrachten (71).

B. DIE UEBERNAHME EINES GESCHAEFTES IM BESONDEREN

I. Allgemeines

Wir haben dargetan, dass das Geschäft einen Anwendungsfall der Uebernahme eines Vermögenskomplexes darstellt (72). In den bisherigen Ausführungen dieses Kapitels "Wirkungen zwischen den Parteien" sind die Grundsätze festgelegt worden, welche allgemein auf die Uebernahme eines Vermögens Anwendung finden. Es bleibt somit noch zu untersuchen, wie sich das Innenverhältnis zwischen Veräusserer und Uebernehmer eines Geschäftes im besonderen gestaltet. Dagegen kann allerdings eingewendet werden, dass sich auf Grund unseres Geschäftsbegriffs (73) eine gesonderte Behandlung des Geschäftes erübrigt. Das Geschäft wird aber im Wortlaut des Art. 181 OR neben dem Vermögen genannt: "Wer ein Vermögen oder ein Geschäft mit Aktiven und Passiven übernimmt ...". Sicher wollte der Gesetzgeber damit zum Ausdruck bringen, dass das Geschäft als Hauptanwendungsfall den Vorschriften einer Vermögensübernahme im Sinne von Art. 181 OR zu unterstellen ist. Diese Ueberlegung rechtfertigt eine gesonderte Behandlung des Innenverhältnisses zwischen Veräusserer und Uebernehmer eines Geschäftes im besonderen.

Bei der Besprechung des Ausdruckes "Uebernahme", wie er uns im Wortlaut des Art. 181 OR entgegentritt, haben wir festgelegt (74): Uebernahme ist ein umfassender terminus technicus für alle diejenigen Verträge, bei denen es sich um den Uebergang eines Vermögens handelt. Daraus ergibt sich folgerichtig, dass die Art des Ueberganges auch für das Geschäft unwesentlich ist.

69) Ueber die Pacht, vorne 33 und über das Entgelt, vorne 49 & N 59.

70) Art. 286 I und II OR.

71) Guhl a. a. O. 281.

72) Vgl. vorne 14 ff.

73) Vgl. vorne 14 ff.

74) Vgl. vorne 22 ff.

II. Pflichten des Geschäftsveräußerers

1. Allgemeines. Die Pflichten, die für den Veräußerer eines Geschäftes entstehen, können in zwei Gruppen geteilt werden:

Der Veräußerer ist dem Uebernehmer gegenüber zu einem Tun verpflichtet. Er hat aktiv am Geschäftsübergang mitzuwirken. Nach erfolgter Geschäftsablösung hat er ihm während einer bestimmten Zeit noch für gewisse Zusicherungen einzustehen. Es ist dies die Haftung des Veräußerers für eine gewisse Rentabilität des veräußerten Geschäftsbetriebes (75).

Daneben geht die Pflicht des Geschäftsübergebers auf ein Unterlassen. Der Erwerber des Geschäftes muss die Gewissheit haben, dass er in der erfolgreichen Fortführung des Geschäftes durch den Veräußerer nicht gestört wird. Näheres darüber im Abschnitt über das Konkurrenzverbot.

2. Uebergabe des Geschäftes als solchen. Es ist im konkreten Falle schwer festzulegen, unter welchen Voraussetzungen vom Uebergang eines Geschäftes gesprochen werden darf. Massgebend dafür ist in erster Linie der Wille der Parteien, der im Vertrag niedergelegt ist. Es stellt sich die Frage, wie zu verfahren ist, wenn sich der Vertrag darüber ausschweigt oder nicht eindeutig ist.

In der Literatur herrscht Uneinigkeit, worin die unterste Grenze eines Geschäftes besteht, das übertragen werden kann. Die hier auftauchenden Schwierigkeiten sind denjenigen ähnlich, die wir bei der Bestimmung des juristischen Geschäftsbegriffes schon einmal zu lösen hatten. Es ergibt sich demnach, dass die Vertreter der verschiedenen Lehren den Mindestumfang eines übertragungsfähigen Geschäftes aus dem jeweiligen Geschäftsbegriff ableiten (76).

Aufbauend auf unsere Definition des Geschäftes (77) können wir festlegen: Der Veräußerer hat dem Uebernehmer soviele Bestandteile des Geschäftes zu übertragen, als erforderlich sind, damit der Zweck, durch den dieses Vermögen einer selbständigen Entwicklung fähig ist, erreicht werden kann. Erfüllen die veräußerten Bestandteile diese Voraussetzungen nicht, ist kein Vermögen im Sinne von Art. 181 OR übertragen worden. In diesem Falle sind nur einzelne, für sich selbständige Bestandteile übergegangen (78).

Der Veräußerer hat die Pflicht, den Erwerber in das übernommene Geschäft einzuführen. Insbesondere bei immateriellen Bestandteilen des Geschäftes ist es Pflicht des Veräußerers, den Erwerber persönlich von

75) Vorne 45.

76) Wieland a.a.O. I 256 ff. Düringer-Hachenburg a.a.O. § 25 N 3 & 7; Treadwell a.a.O. 29; Domke a.a.O. 38 ff., daselbst ausführliche Literaturangabe. Habermann a.a.O. 22 ff. Er vergleicht die Regelung des deutschen Rechts mit derjenigen des französischen und weist dabei auf die Eigentümlichkeit des französischen Gesetzes über den Verkauf und die Verpfändung von Geschäften vom 9. 3. 1909 hin, das als einziges Gesetz den notwendigen Mindestumfang eines übertragungsfähigen Geschäftes umschreibt.

77) Vorne 15.

78) BGE 50 II 487. Aehnlich auch von Rüts a.a.O. 64/65.

diesen immateriellen Werten in Kenntnis zu setzen (79). Das Gesetz stellt keine Bestimmungen auf, worin diese Pflichten bestehen. Massgebend dafür sind vielmehr die Vorschriften der einzelnen Uebertragungsarten. Eine extensive Interpretation des Gesetzes wird im einzelnen Falle gegeben sein. Insbesondere werden die allgemeinen Vorschriften über Treu und Glauben (80) zur Anwendung gelangen (81). Wie diese Einführung in das Geschäft erfolgen soll, zeigen einige erläuternde Beispiele:

a) Mittelbare oder unmittelbare Einführung des neuen Geschäftsherrn bei der Kundschaft durch Empfehlungen oder persönliche Bekanntmachung (82).

b) Durch Ueberlassung der Geschäftsbücher, Rechnungen und Quittungen, die mit dem Geschäft übergehen, bekommt der Erwerber Einblick in die Bezugsquellen des Geschäftes. In diesem speziellen Falle ist es Pflicht des Veräusserers, den Erwerber auf Besonderheiten aufmerksam zu machen, wie: Lieferanten mit kurzen Lieferfristen, Lieferanten schwer beziehbarer Artikel oder solche von besonders hoher Qualität, interessante Zahlungsbedingungen usw.

c) Im Interesse der Kreditgewährung ist es für den Erwerber wesentlich, auch bei den Gläubigern eingeführt zu werden.

d) Auch Geschäftsgeheimnisse, bestimmte Produktionsverfahren usw. hat der Veräusserer dem Erwerber mitzuteilen (83).

e) Auf Grund einer Vereinbarung kann sich der Veräusserer verpflichten, dem Erwerber im Geschäft für eine bestimmte Zeit zur Seite zu stehen, um ihn auf diese Weise in das Geschäft einzuführen (84).

3. Weiterführung des Geschäftes. Die Weiterführung des Geschäftes ist eine weitere Pflicht des Veräusserers, die ihm aus der Geschäftsveräusserung entsteht. Die dinglichen Wirkungen des Vertrages, d.h. die Uebertragung der einzelnen Geschäftsbestandteile, fallen zeitlich nicht mit dem obligatorischen Vertragsabschluss zusammen. Es entsteht somit ein Zeitraum, während dem der Veräusserer verpflichtet ist, das Geschäft im gewohnten Rahmen weiterzuführen, mit anderen Worten, der Erwerber hat Anspruch darauf, dass der Veräusserer das Geschäft so weiterbetreibt, damit er es vertragsgemäss übernehmen kann. Darunter fällt:

79) Wieland a.a.O. 258; Oppikofer a.a.O. 26/27; für den Verkäufer eines Geschäftes werden diese Pflichten ausführlich aufgezählt bei Vaucher a.a.O. 72/73.

80) Art. 2, 24, 25, ZGB.

81) Habermann a.a.O. 26; Domke a.a.O. 45; Wieland a.a.C. 259 nennt es eine Tatfrage. Vinassa a.a.O. 133.

82) In diesem Sinne sind die Empfehlungen bei Geschäftsveräusserungen aufzufassen, die man öfters in den Tageszeitungen liest, wie z.B.: "Ich bitte meine verehrte Kundschaft, das mir erwiesene Zutrauen auch meinem Nachfolger zu erweisen". In ländlichen Verhältnissen, bei Geschäften mit persönlicher Kundschaft, macht sich der Veräusserer zur Pflicht, seine "besten" Kunden dem Erwerber persönlich vorzustellen. Aehnlich auch Treadwell a.a.O. 33.

83) Treadwell a.a.O. 36.

84) Diese Pflichten werden ausführlich behandelt und aufgezählt bei Vinassa a.a.O. 116/17.

- a) Der Veräußerer ist verpflichtet, für das Geschäft weiterhin Reklame zu machen. Diese Reklame muss im gewohnten Rahmen weitergeführt werden. Er darf demnach nicht, um z. B. Einsparungen zu machen, für sein Geschäft weniger werben, als vor Abschluss des Vertrages. Das Unterlassen dieser Pflicht würde den Wert, der z. B. der Kundschaft im Vertrag beigelegt wurde, herabsetzen.
- b) Der Veräußerer hat bis zum Zeitpunkt der Geschäftsübergabe den Warenvorrat so zu erneuern, dass der Erwerber im Moment der Erfüllung uneingeschränkt sein Geschäft betreiben kann.
- c) Der Veräußerer ist verpflichtet, Bestellungen von Waren mit langen Lieferfristen frühzeitig aufzugeben (85).

4. Konkurrenzverbot für den Veräußerer

a) Begriff und Abgrenzung. Die Verpflichtung des Geschäftsveräußerers, sich nach der Uebergabe des Geschäftes der Konkurrenzfähigkeit zu enthalten, ergibt sich nicht aus der Veräußerung selbst. Auch das Gesetz stellt keine Vorschriften auf, die dem Geschäftsveräußerer nach der Uebergabe des Geschäftes die Konkurrenz verbieten. Der Uebernehmer kann sein Geschäft aber nur dann uneingeschränkt und vorteilhaft betreiben, wenn er durch den Veräußerer in seiner Geschäftstätigkeit nicht gestört wird. Dem Anspruch des Uebernehmers steht somit die Pflicht des Veräußerers zur Konkurrenzenthaltung gegenüber.

Das Konkurrenzverbot ist eine interne Abmachung zwischen Veräußerer und Uebernehmer. Auf Grund von Art. 19 und 20 OR steht es den Parteien frei, Inhalt und Umfang des Konkurrenzverbotes frei zu bestimmen. Damit aber das Konkurrenzverbot wirksam wird, braucht es eine ausdrückliche Vereinbarung zwischen Veräußerer und Uebernehmer.

Bestimmungen über Konkurrenzenthaltung sind festgelegt im Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb (86) und in Art. 356 OR. Diese Bestimmungen können auf einen Geschäftsveräußerer im Sinne von Art. 181 OR nicht angewandt werden, und zwar aus folgenden Gründen: Nach Art. 1 des BGes über den unlauteren Wettbewerb ist unlauterer Wettbewerb jeder Missbrauch des wirtschaftlichen Wettbewerbes durch täuschende oder andere Mittel, die gegen Treu und Glauben verstossen. Der Wettbewerb an sich ist somit erlaubt. Widerrechtlich wird er erst, wenn die dazu verwendeten

85) Vgl. dazu die Ausführungen bei Vaucher a.a.O. 49 für den Verkauf eines Geschäftes. Diese Verpflichtungen sind aber auf jeden Geschäftsveräußerer anwendbar. Ihre Erfüllung bedeutet für den Veräußerer Mehrarbeit. Dies insbesondere dann, wenn er im Hinblick auf die Geschäftsveräußerung bereits anderweitig beschäftigt ist. Das ist ein Beweis dafür, dass ein gesetzlicher Schutz des Erwerbers unerlässlich ist. Bereits im Moment der Geschäftsübernahme muss er imstande sein, mit der Konkurrenz Schritt halten zu können, oder doch wenigstens den Wettbewerb aufzunehmen.

86) Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 30. 9. 1943, in Kraft seit 1. 3. 1945.

Mittel un erlaubt sind. Das vertraglich vereinbarte Konkurrenzverbot hingegen ist streng davon zu unterscheiden, denn es verbietet jegliche Konkurrenz tigkeit des Veräusserers.

Die Bestimmungen des Art. 356 OR kommen deshalb für unseren speziellen Fall nicht zur Anwendung, weil der Artikel nur die Konkurrenz enthaltung des Dienstpflichtigen gegenüber dem Dienstherrn nach Beendigung des Dienstverhältnisses regelt.

Zusammenfassend kann das vertraglich vereinbarte Konkurrenzverbot im Sinne von Art. 181 OR umschrieben werden:

Das Konkurrenzverbot ist die Zusicherung des Veräusserers an den Uebernehmer, sich jeglicher Tätigkeit zu enthalten, die geeignet ist, als ehemaliger Geschäftsinhaber dem Uebernehmer eine erfolgreiche Geschäftstätigkeit zu verunmöglichen oder ihn daran zu behindern.

b) Beschränkungen des Konkurrenzverbotes. Aus den bisherigen Ausführungen geht hervor, dass die den Vertrag schliessenden Parteien nicht gebunden sind, sich im Konkurrenzverbot an eine bestimmte Zeit, ein begrenztes Gebiet oder einen umschriebenen Gegenstand zu halten (87). Bedingung ist nur, dass die Beschränkungen für den Verpflichteten nicht unsittlich sind, da sie sonst gegen den Grundsatz von Art. 20 OR verstossen. Es stellt sich die Frage, worin die Unsittlichkeit besteht.

Ganz allgemein kann gesagt werden, dass eine Beschränkung dann unsittlich ist, wenn der Verpflichtete in seiner persönlichen oder wirtschaftlichen Freiheit zu sehr eingeengt wird oder sie gänzlich einbüsst. Dies namentlich dann, wenn der Geschäftsveräusserer gehindert wird, seinen Beruf auszuüben und die dadurch erworbenen Kenntnisse zu verwerten (88). Dieser Begriff der Unsittlichkeit im Sinne einer vertraglich vereinbarten Konkurrenzklausel kann sich auf zeitliche, örtliche oder sachliche Beschränkungen beziehen. Um die Frage beurteilen zu können, ob diese Beschränkungen den Tatbestand der Unsittlichkeit erfüllen, darf nicht auf die einzelnen der genannten Beschränkungen abgestellt werden. Es ist Sache des Richters, im konkreten Falle die einzelnen Einschränkungen miteinander zu vergleichen. Erst dann wird er beurteilen können, ob Unsittlichkeit im Sinne von Art. 20 OR vorliegt.

Ein zeitlich unbeschränktes Verbot auf einem begrenzten Gebiet erfüllt nicht die Voraussetzung der Unsittlichkeit. Auch ein örtlich und zeitlich unbegrenztes Konkurrenzverbot kann unter Umständen nicht sittenwidrig sein (89). Einige Beispiele sollen zeigen, dass der Richter dem Willen der Parteien weitgehende Freiheiten zugesteht:

87) Diesen Gedanken drückt Art. 357 OR für das Konkurrenzverbot bei einem Dienstverhältnis aus.

88) In diesem Sinne hat das Bundesgericht entschieden in BGE 50 II 486, 56 II 50 ff. und den dort angeführten älteren Entscheide.

89) BGE 25, 875 ff.; Treadwell a.a.O. 34 N 1. Nach französischer Rechtsprechung sind Konkurrenzklauseln mit zeitlichen Beschränkungen über 10 Jahre ungültig, Vianassa a.a.O. 137.

aa) Das vereinbarte Konkurrenzverbot verpflichtet den Veräusserer, sich während 30 Jahren auf dem Gebiete der ganzen Schweiz jeglicher Wettbewerbstätigkeit zu enthalten (90). Der Verpflichtete macht im Prozess geltend, die zeitliche Dauer dieses Konkurrenzverbotes stelle eine übermässige Beschränkung der persönlichen Freiheit dar. Der Vertrag verstosse gegen Art. 27 ZGB und 20 OR und sei deshalb von Anfang an nichtig gewesen. Das Bundesgericht hat die Klage mit folgender Begründung abgewiesen: Der Kläger könne sich nicht auf die *clausula rebus sic stantibus* berufen, da der Vertrag beidseitig erfüllt wurde. Die Beschränkung auf das Gebiet der ganzen Schweiz stelle keine Verletzung der persönlichen oder wirtschaftlichen Freiheit dar. Dem Kläger stehe die Möglichkeit offen, sich ausserhalb der Schweizergrenzen geschäftlich zu betätigen.

bb) Noch deutlicher ist der Entscheid des Richters in einem älteren Urteil (91) des Bundesgerichtes. Die Konkurrenzenthaltung ist hier zeitlich unbeschränkt und örtlich auf das Gebiet der ganzen Schweiz festgelegt. Die Einrede der Unsittlichkeit des Vertrages wird aus ähnlichen Erwägungen wie im eben besprochenen Entscheid abgewiesen (92).

Das Konkurrenzverbot enthält auch eine Beschränkung auf den Gegenstand. Mit Recht weist Vinassa (93) auf die Schwierigkeiten hin, die die Beurteilung dieser Frage bietet. Doch hat auch hier die Rechtssprechung in einigen Entscheiden bestimmte Richtlinien festgelegt.

Die sachliche Beschränkung umfasst die Waren und Produkte, die der Veräusserer vertrieben oder hergestellt hat. Daneben erstreckt sich aber diese Einschränkungsvorschrift auch darauf, auf welche Art und Weise der Vertrieb oder die Herstellung nach der Uebergabe des Geschäftes ausgeführt wird. In diesem Sinne hat das Bundesgericht entschieden, dass sich das Konkurrenzverbot auch auf Waren gleicher Provenienz erstrecke, unter der Bedingung, dass diese Waren zur Befriedigung derselben Bedürfnisse dienen (94). Damit die Vereinbarung verletzt sei, müsse die Herstellung der im Konkurrenzverbot genannten Waren regelmässig sein und in der Absicht geschehen, Gewinn zu erzielen (95).

90) BGE 50 II 481 ff.

91) BGE 27 II 113.

92) Vgl. dazu BGE 69 II 76 ff.; 24 II 225 ff.; BIZür 49 Nr. 187; 43 Nr. 27.

93) a.a.O. 136.

94) BGE 27 II 113; 21, 615.

95) BIZür 45 Nr. 28. Dieser Entscheid ist in zweifacher Hinsicht interessant. Ein Bäcker, der sein Geschäft veräussert hat, wird eingeklagt, sich durch Herstellung von Patisseriewaren gegen das vereinbarte Konkurrenzverbot vergangen zu haben. Der Entscheid führt aus, dass unter das Verbot, eine Bäckerei zu betreiben, nur spezifische Bäckereiartikel fallen, nicht aber Waren, die von Zuckerbäckern hergestellt werden. Es sei dem Beklagten gar nicht möglich, z. B. Brot herzustellen, da er keinen Bäckereibackofen besitze, sondern nur einen Backofen für Patisseriewaren.

Dazu kommt noch, dass die Herstellung von Patisseriewaren nur zur Befriedigung eigener Bedürfnisse und zu Geschenkwzwecken erfolgte. Somit fehlt das Moment der Regelmässigkeit und der Dauer der gewerblichen Tätigkeit, die für einen Geschäftsbetrieb wesentlich sind.

c) Die Konventionalstrafe. Die Konventionalstrafe (96) ist ein Bestandteil der Konkurrenzklauseel im Rahmen des Uebernahmevertrages. Sie hat den Zweck, den Geschäftsveräusserer bei Uebertretung des Konkurrenzverbotes zu einer im Vertrag festgelegten Geldsumme zu verpflichten (97). Wenn die Parteien im Konkurrenzverbot keine Konventionalstrafe vereinbart haben, so sind die Bestimmungen des Gesetzes über den Schadenersatz analog anwendbar. Die Konventionalstrafe hat folglich Schadenersatzfunktion (98).

Die Höhe der Konventionalstrafe kann von den Parteien frei bestimmt werden (99). Um vorzubeugen, dass die Vertragskontrahenten zu hohe Konventionalstrafen vereinbaren, gibt das Gesetz dem Richter das Recht, übermässige Strafen herabzusetzen (100). Das Bundesgericht hat in Anwendung dieses Artikels entschieden, dass der Richter zur Herabsetzung solcher Konventionalstrafen nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet ist (101).

Eine Konventionalstrafe ist übermässig, wenn zwischen der Strafe und dem zu schützenden Interesse ein arges Missverhältnis besteht, sodass gesagt werden muss, der Schuldner habe sich beim Vertragsabschluss über die Höhe der Konventionalstrafe keine Rechenschaft gegeben, ansonst er den Vertrag nicht unterschrieben hätte (102).

Es ist Sache des Verpflichteten, alle Momente darzulegen, die geeignet sind, eine Konventionalstrafe als übermässig erscheinen zu lassen (103).

c) Beendigung und Uebertragung des Konkurrenzverbots. Wir haben in den bisherigen Ausführungen über das Konkurrenzverbot dargetan, dass die Parteien die zeitliche Dauer der Verpflichtung auf Grund der gesetzlich festgelegten Vertragsfreiheit vereinbaren können. Es kann nun aber vorkommen, dass der Vertrag die zeitliche Dauer nicht festsetzt. Wenn z. B. die Redaktion des Vertrages nicht sorgfältig erfolgte, ist es möglich, dass dabei vergessen wurde, eine bestimmte Zeit festzusetzen. Es kann aber auch der Fall eintreten, dass die Zeit absichtlich nicht festgelegt wird, mit dem Zweck, den Veräusserer während der ganzen Dauer der Geschäftsführung durch den Uebernehmer zu verpflichten.

Dazu wollen wir festlegen: Die Verpflichtung zur Konkurrenzenthaltung fällt für den Veräusserer dahin, wenn angenommen werden kann, dass der Berechtigte nicht mehr daran interessiert ist (104). Wird aber das Geschäft weiter veräussert, bleibt die Berechtigung aus diesem Konkurrenzverbot gegenüber dem ersten Geschäftsveräusserer zu Recht bestehen (105).

96) Beispiele von Konventionalstrafen bei Geschäftsveräusserungen: BGE 23, 739; 25 II 875; 40 II 471; 50 II 481; 68 II 169; 69 II 76; BlZür 45 Nr. 28; 43 Nr. 223.

97) Art. 160 ff. OR. Die Konventionalstrafe ist eine akzessorische Verpflichtung des Veräusserers. Bei Ungültigkeit der Hauptverpflichtung fällt sie dahin, Becker a. a. O. I. Art. 160 N 8 & 9.

98) Vinassa a. a. O. 138; Guhl a. a. O. 364.

99) Art. 163 I OR.

100) Art. 163 III OR.

101) BGE 40 II 471; 41 II 142; Becker a. a. O. I Art. 163 N 21.

102) So die Ausführungen des Bundesgerichtes 68 II 196 ff. Vgl. dazu die daselbst zitierten älteren Entscheide. Becker a. a. O. I Art. 163 N 8.

103) BGE 40 II 476/77; 21, 1234.

104) Dies wird meistens dann der Fall sein, wenn der Geschäftsübernehmer sein Geschäft aufgibt.

105) BGE 54 II 462; Treadwell a. a. O. 52; Des Gouttes a. a. O. 67.

Stirbt der zur Konkurrenzenthaltung Verpflichtete, geht das Konkurrenzverbot nicht unter. Würde nämlich das Konkurrenzverbot untergehen, könnten die Erben dadurch einen Vorteil erzielen, der es ihnen gestatten würde, den Geschäftsübernehmer in der Fortführung des Geschäftes zu beeinträchtigen. Es ist demnach notwendig, dass die vertragliche Verpflichtung zur Konkurrenzenthaltung auf die Erben übergeht (106).

III. Pflichten des Geschäftsübernehmers

1. Allgemeines

Das Geschäft ist der Hauptanwendungsfall eines Vermögens im Sinne von Art. 181 OR. Wegweisend für die Regelung der Uebernahme eines Geschäftes sind somit vor allem die Grundsätze, die wir schon für das Vermögen festgelegt haben. Was für die Pflichten eines Vermögensübernehmers im allgemeinen dargetan wurde, kann daher auf den Uebernehmer eines Geschäftes analog angewendet werden.

Wir haben dargetan, das Geschäft sei infolge seiner Zweckbestimmung einer besonderen Entwicklung fähig. Auch aus dieser Ueberlegung müssen sich die damit verbundenen Schulden von denjenigen des Vermögens wesentlich unterscheiden. Aus diesen Gründen soll die Pflicht des Veräusserers gegenüber dem Uebernehmer zur Uebernahme der Schulden speziell behandelt werden.

Die Verpflichtungen, die der Uebernehmer durch diese Schuldübernahme gegenüber Dritten zu erfüllen hat, werden im 4. Kapitel behandelt.

2. Uebernahme der Schulden

Der Art. 181 OR behandelt nur das Verhältnis zwischen Erwerber und Gläubiger eines Vermögens oder eines Geschäftes. Für das Verhältnis zwischen Erwerber und Veräusserer besteht somit keine gesetzliche Regelung (107). Massgebend für das so entstandene Innenverhältnis zwischen Veräusserer und Uebernehmer ist auch hier wieder der Wille der Parteien, der Vertrag. Diese interne Abmachung enthält aber nur die Zusicherung des Erwerbers an den Veräusserer, dass er die Schulden übernimmt und dass er gewillt ist, die Gläubiger zu befriedigen (108).

Der Vertrag zwischen Veräusserer und Erwerber gibt auch Aufschluss über den Umfang der übernommenen Schulden. Art. 181 OR kommt aber nur zur Anwendung, wenn die Passiven tatsächlich mitübernommen wurden (109). Es gelten alle diejenigen Bestandteile als übernommen, die im Vertrag nicht ausdrücklich ausgenommen sind (110).

106) Vgl. dazu Vinassa a.a.O. 138; Des Gouttes a.a.O. 67.

107) Es ist das keine Eigentümlichkeit des schweizerischen Gesetzes. Der analoge Paragraph des deutschen Rechts, § 25 HGB, regelt das Innenverhältnis zwischen Veräusserer und Uebernehmer ebenfalls nicht.

108) Vgl. die Ausführungen im 4. Kapitel.

109) Vorne 24/25.

110) Vorne 29/30.

Diejenigen Schulden, die der Erwerber zur Zeit des Vertragsabschlusses nicht kannte, dürfen nicht eo ipso als übergegangen behandelt werden. Nichts spricht zwar dagegen, dass er sie nicht übernommen hätte, wenn sie ihm bekannt gewesen wären. Der Grund dieser Annahme ist vielmehr der, dass der Erwerber über den wirklichen Umfang der auf dem Geschäft lastenden Schulden nicht getäuscht werden darf (111).

Stehen die Schulden tatsächlich mit dem Geschäft in einem inneren Zusammenhang, muss im Zweifelsfalle angenommen werden, dass der Uebergang sämtlicher Passiven beabsichtigt war (112).

C. ERFÜLLUNG DES UEBERNAHMEVERTRAGES

I. Einleitung

Voraussetzung für die Erfüllung des Uebernahmevertrages ist ein rechtsgültiger Vertrag (113), der dahin geht, ein Vermögen oder ein Geschäft von einem Schuldner auf einen anderen zu übertragen. Dieser Vertrag verpflichtet den Veräußerer, die Leistung, d.h. den in Frage stehenden Vermögenskomplex, "gehörig" zu erfüllen. (Art. 97 OR)

Die Erfüllung des Vertrages besteht in der Bewirkung der geschuldeten Leistung (114). Der Gegenstand dieser Leistung stellt sich dar als das Vermögen, das zu übertragen der Veräußerer dem Uebernehmer versprochen hat. Das Vermögen ist eine Summe von Rechten und Pflichten, m.a.W. von Aktiven und Passiven. Daraus ergibt sich folgerichtig, dass die Aktivbestandteile (115), deren Uebertragung die Erfüllung der Leistung darstellt, Rechte sind. Die Leistung des Veräußerers besteht somit darin, dem Uebernehmer das Recht an den einzelnen Bestandteilen zu verschaffen. Da es sich um die Uebertragung eines Rechtes handelt, hat der Uebernehmer bei der Erfüllung mitzuwirken (116). Er muss die Leistung entgegennehmen und dem Veräußerer die vertraglich vereinbarte Gegenleistung erbringen (117).

111) Walter Friedrich, Geschäftspassiven bei Unternehmensveräußerung (Diss. Rostock 1934) 10/11; Domke a.a.O. 58; Bühler a.a.O. 26/27; contra: v. Tuhr a.a.O. II 847. Dieser Gedankengang rechtfertigt das vorne 40/41 Gesagte. Wo es sich um den Uebergang eines selbständigen Vermögenskomplexes handelt, in diesem Falle das Geschäft, muss angenommen werden, dass der Vertrag nur die Bestandteile dieses Komplexes umfasst. Durch das Prinzip der Konnexität ist für diese Auffassung auch die rechtliche Grundlage vorhanden.

112) Diese Schlussfolgerung ergibt sich aus dem, was wir für den Vermögensübergang im allgemeinen festgelegt haben. Vorne 47.

113) Vorne 27 N 29.

114) v. Tuhr a.a.O. II 438

115) Für den Uebergang der Passiven siehe hinten 69 ff. über die Schuldübernahme.

116) v. Tuhr a.a.O. II 440

117) Vorne 48/49.

Es wurde in einem anderen Zusammenhang bereits dargetan (118), dass das Vermögen Gegenstand eines einheitlichen obligatorischen Vertrages sein kann. Die Erfüllung dieses Vertrages, d. h. die Uebertragung der einzelnen Vermögensrechte, vollzieht sich aber nicht gesamthaft, sondern durch Sondernachfolge nach den für die einzelnen Vermögensobjekte geltenden Bestimmungen. Eine einheitliche Verfügung über das Vermögen ist nur da möglich, wo das Gesetz eine Gesamtnachfolge in das Vermögen zulässt (119). Im Folgenden soll dargetan werden, warum ein Vermögen im Sinne von Art. 181 OR nur durch Sondernachfolge übertragen werden kann.

II. Allgemeines über Singular- und Universalsukzession bei der Uebernahme eines Vermögens im Sinne von Art. 181 OR

1. Art. 181 OR legt fest, dass nach der Veräusserung eines Vermögens oder eines Geschäftes der Uebernehmer neben dem Veräusserer noch während zwei Jahren verpflichtet bleibt. Die Bestimmungen dieses Artikels kommen folglich nur dort zur Anwendung, wo es sich um Rechtsgeschäfte handelt, die unter Lebenden abgeschlossen werden. Durch eine solche Vermögensübernahme findet somit ein Subjektswechsel statt, indem das Vermögen nach den Bestimmungen des Uebernahmevertrages vom Veräusserer auf den Uebernehmer übergeht. Der Erwerber tritt nicht in die gesamte Rechtslage seines Vorgängers ein, sondern erwirbt nur soviel, als vertraglich vereinbart wurde (120). Das dermassen vertraglich vereinbarte Vermögen bildet eine Einheit nur in Bezug auf seinen Träger, das Subjekt. Wenn nun, wie dies beim vertraglich vereinbarten Vermögensübergang *inter vivos* der Fall ist, ein Subjektswechsel stattfindet, so können die einzelnen Bestandteile nur nach den für sie im Gesetz festgelegten Regeln übertragen werden (121).

2. Neben dieser Sondernachfolge ist es aber durchaus möglich, dass ein Vermögen auch durch Gesamtnachfolge übertragen werden kann. Es ist zu prüfen, aus welchen Gründen ein Vermögensübergang *uno actu* nicht dem Art. 181 OR unterstellt werden kann. Universalsukzession bedeutet Nachfolge in die gesamte Rechtslage des Vorgängers (122). Ein eigentlicher Subjektswechsel findet nicht statt, sondern der Uebernehmer tritt neben dem Veräusserer in das gleiche Rechtsverhältnis. Der Uebernehmer eines Vermögens durch Gesamtnachfolge wird demnach Rechtsnachfolger in allen denjenigen Rechten, die schon dem Veräusserer zustanden. Ein Vertrag zwischen Veräusserer und Uebernehmer braucht nicht abgeschlossen zu werden, da das gesamte Vermögen *eo ipso* übergeht. Diese Darlegung zeigt,

118) Vorne 7.

119) Vorne 26.

120) Dieser Uebergang erfolgt aber, wie wir gesehen haben, nur unter der Voraussetzung, dass im Vertrag so viele Bestandteile genannt werden, damit von einem Vermögen im festgelegten Sinne gesprochen werden kann.

121) Bühler a. a. O. 55; Treadwell a. a. O. 24; Wieland a. a. O. 264.

122) Bühler a. a. O. 54.

dass ein derartiger Vermögensübergang durch Gesamtnachfolge nicht durch Art. 181 OR geregelt wird. Das Gesetz nennt folgende Fälle, bei denen ein Vermögensübergang durch Universalsukzession stattfindet und Art. 181 OR somit nicht zur Anwendung kommt:

a) Die Erbfolge ist der typische Anwendungsfall einer Gesamtnachfolge in ein Vermögen (Art. 560 ff. ZGB). Sie fällt für unseren speziellen Fall schon aus dem Grund ausser Betracht, weil es sich nicht um ein Rechtsgeschäft inter vivos handelt.

b) Die allgemeine Gütergemeinschaft. (Art. 215 ZGB) Sie vereinigt die beiden Vermögen von Mann und Frau zu einem Gesamtgute. Nach der Vereinigung der beiden Vermögen steht die neue Vermögensmasse beiden Ehegatten ungeteilt und insgesamt zu. Ein eigentlicher Wechsel des Vermögenssubjektes hat folglich nicht stattgefunden (123).

c) Universalsukzession findet auch statt bei der Fusion mehrerer Aktiengesellschaften in eine neu zu gründende Aktiengesellschaft (Art. 749 OR). Sämtliche Vermögen gehen als Einheit über in ein Gesamtvermögen der neuen Aktiengesellschaft. Auch hier findet demnach nicht ein eigentlicher Wechsel des Vermögensträgers im engeren Sinne statt.

III. Die Uebertragung der aktiven Vermögensbestandteile

Das Vermögen ist der Inbegriff der einem Rechtssubjekt zustehenden Rechte und Pflichten. Die Rechte sind die Aktiven, die Pflichten die Passiven des zu einer Einheit zusammengefassten Vermögensbegriffs. Wir haben dargetan, dass das Vermögen wohl Gegenstand eines einheitlichen Verpflichtungsgeschäftes sein kann. Es wird aber nie als Ganzes Rechtsobjekt. Seine Bestandteile müssen einzeln nach den für sie im Gesetz festgelegten Bestimmungen übertragen werden.

1. Uebertragung der Eigentumsrechte

a) An beweglichen Sachen. Zum Uebergang des Eigentums an beweglichen Sachen bedarf es eines rechtsgültigen Vertrages und der Uebertragung des Besitzes (Art. 714 ZGB), d.h. der Uebergabe der Sache an den Erwerber. (Art. 922 ZGB) Der obligatorische Uebnahmevertrag ist an keine Form gebunden. Er ist aber lediglich das Verpflichtungsgeschäft, durch das die Parteien ihren Willen bekunden, die Sache zu übergeben, bzw. zu übernehmen. Dieser Vertrag genügt folglich nicht, damit der Erwerber Eigentümer der Sache werde. Der Erwerber wird erst dadurch Eigentümer, dass der Veräusserer dem Erwerber die Sache übergibt. (Tradition) Der Erwerber muss in der Lage sein, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben (Art. 922 ZGB).

Der obligatorische Uebnahmevertrag hat aber nicht nur die Aufgabe eines Verpflichtungsgeschäftes zwischen den beteiligten Parteien. Er ist auch notwendige Voraussetzung, damit die Wirkungen des Art. 181 OR ein-

treten. Daraus folgt, dass die Tradition des Besitzes bei einer Vermögensübernahme im Sinne von Art. 181 OR immer wirksam ist, da der Uebergang des Vermögens im Sinne von Art. 181 OR ein rechtsgültiges Grundgeschäft voraussetzt (124).

b) An unbeweglichen Sachen. Der Eigentumswechsel bei Grundstücken setzt ebenfalls ein rechtsgültiges Grundgeschäft voraus. Dieses ist, wie wir dargetan haben, im Vermögensübernahmevertrag immer vorhanden, sobald es sich um den Uebergang eines Vermögens im Sinne von Art. 181 OR handelt. Im Gegensatz zur Eigentumsübertragung bei Fahrnis, ist das Uebertragungsgeschäft, d. h. der Vermögensübernahmevertrag, zur Eigentumsübertragung an unbeweglichen Sachen an eine bestimmte Form gebunden. Der Vertrag bedarf der öffentlichen Beurkundung (Art. 657 ZGB). Dieser öffentlich verkündete Vertrag hat aber, ähnlich wie das Verpflichtungsgeschäft bei der Besitzübertragung, nur obligatorische Wirkung (125). Das Eigentum ist erst dann erworben, d. h. geht auf den Erwerber über, wenn der Eigentumswechsel im Grundbuch eingetragen ist. Ausnahmsweise kann das Eigentum auch ohne Eintragung in das Grundbuch erworben werden, so bei der Aneignung, dem Erbgang, der Enteignung, der Zwangsvollstreckung und dem richterlichen Urteil. (Art. 656 II ZGB) Verfügungsberechtigt wird der Eigentümer aber erst dann, wenn der Eintrag in das Grundbuch erfolgt ist. (Art. 656 II a. E. ZGB) Diese Ausnahmen kommen aber für unsere Arbeit nicht näher in Betracht, da das Grundgeschäft, nämlich Aneignung, Erbgang, Enteignung, Zwangsvollstreckung und richterliches Urteil, keine Vermögensübernahme im Sinne von Art. 181 OR zur Folge hat.

2. Die Abtretung der Forderungsrechte

a) Die Abtretung (Zession) der Forderung ist der rechtliche Vorgang, durch den das Forderungsrecht als aktiver Vermögensbestandteil von einem Subjekt auf ein anderes übertragen wird. Subjekt der Forderungsabtretung ist der Gläubiger (Zedent), der eine ihm zustehende Forderung an den Erwerber (Zessionar) abtritt. Der Erwerber wird demnach selbst Gläubiger der an ihn abgetretenen Forderung (126).

b) Die Verpflichtung zum Abschluss eines Abtretungsvertrages (sog. Abtretungsversprechen) ist formlos gültig (Art. 165 II OR). Zu ihrer Gültigkeit hingegen bedarf die Zession der schriftlichen Form. Die Forderungsabtretung erfolgt ohne Einwilligung des Schuldners (Art. 164 I OR). Sein Wille wird beim Abschluss des Vertrages nicht berücksichtigt. Die Rechtslage des Schuldners dem neuen Gläubiger gegenüber soll aber durch diesen Ausschluss bei der Zession nicht verschlechtert werden. Aus diesem Grunde statuiert das Gesetz für den Schuldner zwei Schutzbestimmungen:

124) BGE 55 II 306 ff.

125) d. h. der Erwerbsgrund gibt dem Erwerber gegen den Eigentümer nur einen persönlichen Anspruch auf Eintragung, Art. 665 ZGB.

126) v. Tuhr a. a. O. II 784.

aa) Die Einreden, die schon der Forderung des Veräusserers entgegenstanden, kann der Schuldner auch dem Erwerber gegenüber geltend machen. Dies unter der Voraussetzung, dass sie zur Zeit, da er von der Abtretung Kenntnis erhielt, schon vorhanden waren (Art. 169 I OR).

bb) Für den gutgläubigen Schuldner hat auch die Leistung an den früheren Gläubiger befreiende Wirkung, sofern er von der Abtretung noch keine Kenntnis hatte (Art. 167 OR).

c) Gegenstand der Abtretung im Sinne von Art. 181 OR sind nur Forderungen, die mit dem Vermögen, bzw. Geschäft, in einem inneren Zusammenhang stehen. Ihr Entstehungsgrund ist unerheblich. Es fallen darunter demnach auch Forderungen aus Vertrag, unerlaubter Handlung usw. (127) Für alle diese Forderungen sind die Regeln von Art. 164 ff. OR massgebend. Vorbehalten gegenüber diesen allgemeinen Regeln bleiben die besonderen Grundsätze für diejenigen Forderungen, für deren Uebertragung das Gesetz besondere Bestimmungen vorschreibt (Art. 174 OR). Zu diesen Ausnahmen sind nun auch Forderungen zu zählen, die namentlich bei einer Geschäftsveräußerung wesentliche Vermögensbestandteile darstellen. Aus diesem Grunde soll auf diese, von den allgemeinen Bestimmungen des Art. 164 OR abweichende Uebertragungsart, kurz eingegangen werden.

aa) Bei den Wertpapieren unterscheiden sich die Ordrepapiere (insb. Wechsel und Check) hinsichtlich ihrer Uebertragung von den Namenpapieren und Inhaberpapieren. Die Namenpapiere können durch eine gewöhnliche Zession nach Art. 164 ff. OR übertragen werden (Art. 967 II OR). Für die Inhaberpapiere ist lediglich Tradition nach sachenrechtlichen Grundsätzen erforderlich (Art. 967, 978 OR). Im Gegensatz dazu muss für die Uebertragung von Forderungen aus Ordrepapieren eine besondere Uebertragungsform eingehalten werden: Das Indossament (Art. 1001 OR). Das Indossament ist eine schriftliche Uebertragungserklärung, die auf dem Wechsel oder Check angebracht wird. Zur Uebergabe von Ordrepapieren ist somit die Uebergabe des Papiers, in Verbindung mit dem Indossament, erforderlich (Art. 969 OR).

bb) Bei den durch Grundpfandrecht gesicherten Forderungen nehmen Schuldbrief und Gült eine von der Grundpfandverschreibung gesonderte Stellung ein. Eine Forderung, für die eine Grundpfandverschreibung errichtet ist, ist nach den Bestimmungen über die Zession (Art. 164 ff. OR) übertragbar. Die Uebertragung bedarf zu ihrer Gültigkeit keiner Eintragung in das Grundbuch (Art. 835 ZGB). Durch die Grundpfandverschreibung wird demnach die rechtliche Natur der Forderung nicht verändert. Im Gegensatz dazu hat der bei Errichtung eines Schuldbriefes oder einer Gült ausgestellte Pfandtitel (Art. 856 ZGB) den Charakter eines Wertpapiers (128). Daher bedarf es zur Uebertragung einer Forderung aus Schuldbrief und Gült, neben der Uebergabe des Pfandtitels, sofern dieser auf einen bestimmten Namen lautet, eines, dem Indossament ähnlichen, Uebertragungsvermerks auf dem Pfandtitel (Art. 869 OR) (129).

127) Vorne 18.

128) v. Tuhr a.a.O. II 789.

129) Vgl. dazu auch v. Tuhr a.a.O. II 789.

3. Die Uebertragung von Vertragsverhältnissen

a) Die Uebertragung eines Geschäftes betrifft auch die dazu gehörenden Vertragsverhältnisse. Es sind dies Verträge, die der Geschäftsinhaber im Laufe seiner Geschäftstätigkeit im Hinblick auf die Natur und die Zweckbestimmung des jeweiligen Geschäftsbetriebes abgeschlossen hat (130). Folglich umfasst der Parteiwechsel bei einer Geschäftsübernahme auch diese Verträge, da sie mit dem Geschäft in einem inneren Zusammenhang stehen. Der Erwerber des Geschäftes soll nicht nur die zum Geschäft gehörenden beweglichen und unbeweglichen Sachen, Kundschaft, Chancen usw. übernehmen können, sondern es muss ihm auch möglich sein, in die laufenden Vertragsverhältnisse einzutreten. Andererseits hat aber auch der Veräusserer ein Interesse daran, das Vertragsverhältnis dem Erwerber überbinden zu können. Dies namentlich bei langfristigen Lieferungsverträgen, die für den Veräusserer nach erfolgter Geschäftsabtretung jeglichen Wert verloren haben. Es stellt sich nun die Frage, wie diese Vertragsverhältnisse im Zusammenhang mit einer Geschäftsübernahme im Sinne von Art. 181 OR auf den Erwerber übergehen.

b) Der Uebergang eines derartigen Vertragsverhältnisses wird von Schrifttum und Rechtsprechung als Vertragsübernahme bezeichnet (131). Im Gegensatz zur Uebernahme einer einzelnen Vertragsforderung oder Vertragsverpflichtung, umfasst die Vertragsübertragung die ganze Rechtsstellung des Abtretenden aus dem Vertrag. Der Erwerber wird demnach Nachfolger auch des Kausalverhältnisses, samt den daraus entspringenden Forderungen und Verpflichtungen (132). Dieser Uebergang des Kausalverhältnisses unterscheidet sich von der Uebernahme einer Einzelforderung oder Einzelverpflichtung hauptsächlich dadurch, dass auch die mit dem Kausalverhältnis verbundenen Gestaltungsrechte (133) auf den Erwerber übergehen. Wie die Forderungen, entstehen auch die Gestaltungsrechte aus dem jeweiligen Vertragsverhältnis. Sie stellen demnach, gleich den Forderungen und Verpflichtungen, ebenfalls Bestandteile des Vertragsverhältnisses dar (134). Aus dieser Ueberlegung ergibt sich, dass durch Zession und Schuldübernahme nicht alle Bestandteile des Vertragsverhältnisses auf den Erwerber übertragen werden können. Es stellt sich daher die Frage, ob es notwendig sei, neben der Zession und der Schuldübernahme, für den Uebergang eines Vertragsverhältnisses eine eigene Art der Rechtsübertragung anzunehmen.

c) Im Gegensatz zur Zession einer Einzelforderung, ist für den Uebergang des Kausalverhältnisses Zustimmung der Gegenpartei erforderlich (135). Nun statuiert aber Art. 181 OR den Fall eines gesetzlichen, kumulativen

130) Früh a. a. O. 128.

131) Früh a. a. O. Lanz, Parteiwechsel bei Miete und Dienstvertrag (Diss. Zürich 1934) 3.

132) Becker a. a. O. I Vorbem. zu Art. 164 - 174 OR N 5.

133) Dazu gehören z. B. das Kündigungsrecht bei Miet- und Dienstverträgen, Rücktritt wegen Verzug, Wandelung wegen Mängeln usw. Früh a. a. O. 57 ff.; Becker a. a. O. I Art. 164 N 5 a. E.

134) Früh a. a. O. 59.

135) v. Tuhr a. a. O. II 790; Becker a. a. O. I Art. 164 N 6.

Schuldüberganges. Dadurch wird die geforderte Zustimmung hinfällig (136). Sind folglich die Rechte aus dem Vertragsverhältnis zediert worden, so gehen von Gesetzes wegen auch die Vertragsverpflichtungen über. Dasselbe gilt auch für die mit dem Vertragsverhältnis verbundenen Gestaltungsrechte. Wenn der Erwerber schon von Gesetzes wegen die Schulden zu übernehmen hat, soll er auch die aus dem konkreten Vertragsverhältnis entspringenden Gestaltungsrechte übernehmen können (137). Diese Ueberlegung zeigt demnach, dass im Falle eines Geschäftsüberganges im Sinne von Art. 181 OR auch die Vertragsverhältnisse von Gesetzes wegen auf den Erwerber übergehen. Eine eigene Art der Rechtsübertragung für die Vertragsverhältnisse ist folglich nicht notwendig, denn diese Verträge stehen in einem inneren Zusammenhang zum konkreten Geschäftsbetrieb. Sie wurden ja nicht im Hinblick auf eine bestimmte Person, sondern im Hinblick auf die Zweckbestimmung eines konkreten Geschäftsbetriebes abgeschlossen. Diese Zweckbestimmung soll auch dem Erwerber erhalten bleiben, was durch den gesetzlichen Uebergang auch des Kausalverhältnisses im Sinne von Art. 181 OR ermöglicht wird (138).

d) Es sind mannigfache Gründe vorhanden, die den Uebergang eines ganzen Vertragsverhältnisses im Interesse beider Vertragsparteien rechtfertigen. Im Folgenden soll auf zwei solcher Vertragstypen kurz eingegangen werden, die namentlich bei einer Geschäftsveräußerung von Bedeutung sind.

aa) Die Geschäftsräume, die durch die Geschäftsveräußerung übergehen sollen, stehen häufig nicht im Eigentum des Geschäftsinhabers, sondern in einem Mietverhältnis. Der Erwerber hat alles Interesse daran, in die bestehenden Mietverhältnisse des Veräußerers eintreten zu können. Ist ihm dies nicht möglich, muss er vielleicht die Lage des Geschäfts verändern. Eine solche Veränderung könnte aber den Wert, der z. B. der Kundschaft vertraglich beigelegt wurde, beträchtlich herabmindern. Folglich ist auch der Veräußerer daran interessiert, dass der Erwerber in dasselbe Mietverhältnis eintreten kann. Dies namentlich dann, wenn er ihm vertraglich versprochen hat, für eine gewisse Rentabilität des Geschäftes einzustehen (139). Es liegt demnach im Interesse beider Parteien, dass durch den Geschäftsübergang nicht nur einzelne Rechte aus dem Mietverhältnis nach Art. 264 I OR, sondern das gesamte Vertragsverhältnis übergeht (140).

bb) Die Ansprüche des Dienstherrn aus Dienstverträgen bilden ebenfalls wesentliche aktive Geschäftsbestandteile. Durch die Geschäftsveräußerung ändert sich das Subjekt, d. h. es findet ein Dienstherrnwechsel statt. Es stellt sich die Frage, ob und wie weit es zulässig ist, dass auch bei einem derartigen Vertragsverhältnis die ganze Parteistellung von Gesetzes wegen übergeht, oder ob nur einzelne Forderungen abgetreten werden können.

Das Gesetz geht vom Grundsatz aus, der Dienstnehmer habe die Dienste in eigener Person zu erfüllen, sofern sich aus Parteiabrede oder aus den Umständen nicht etwas anderes ergibt (Art. 327 I OR). Dieser Grundsatz ist auch massgebend für die Uebertragbarkeit der Rechte des Dienstherrn (Art. 327 II OR). Diese sind folglich nur im Zweifel unübertragbar,

136) Becker a. a. O. I Art. 164 N 6.

137) Lanz a. a. O. 21; Wieland a. a. O. I 294; SJZ Bd. 12 316 Nr. 281.

138) Wieland a. a. O. I 294; Früh a. a. O. 127/128.

139) Vgl. vorne 45/46.

140) Früh a. a. O. 138; Lanz a. a. O. 53.

d.h. wenn sich aus Parteiabrede oder aus den Umständen nicht etwas anderes ergibt. Unter diese, vom Gesetz vorgesehenen Ausnahmefälle, ist auch ein Vermögensübergang im Sinne von Art. 181 OR zu rechnen. Die zum Geschäft gehörenden Verträge sind immer unpersönlich, da sie im Hinblick auf den konkreten Geschäftsbetrieb abgeschlossen wurden und daher mit diesem Geschäft in einem inneren Zusammenhang stehen (141). Aus diesen Ueberlegungen darf geschlossen werden, dass der Erwerber eines Dienstvertragsverhältnisses in die gesamte Rechtslage seiner Vorgängers eintreten kann (142).

4. Die Uebertragung der Immaterialgüterrechte

Wir haben bei der Besprechung der aktiven Geschäftsbestandteile die Immaterialgüterrechte in drei Gruppen eingeteilt: Die reinen Immaterialgüter (Patentrechte, Muster- und Modellrechte), die Rechte an Unterscheidungszeichen (Firma, Fabrik- und Handelsmarke) und die aus einem konkreten Geschäftsbetrieb entstehenden immateriellen Werte (Kundschaft und Chancen).

Die Uebertragung der ersten Gruppe (Patentrechte, Muster- und Modellrechte) bietet keine besonderen juristischen Probleme. Durch den Verkehrswert, den diese Rechte verkörpern, sind sie als übertragbare Vermögensrechte anerkannt (143). Massgebend für die Einzelheiten bei der Uebertragung sind die betreffenden Bundesgesetze (144).

Im Gegensatz zu diesen selbständig übertragbaren Vermögensrechten stehen die Rechte an gewissen Unterscheidungszeichen. Sie sind akzessorische Rechte des Geschäftes und können nur mit demselben übertragen werden (145). Wegen dieser Gebundenheit an das Geschäft soll auf die Uebertragung der Firma und der Marke näher eingetreten werden.

a) Die Uebertragung der Firma. Die Firma dient der Individualisierung eines bestimmten Geschäftsbetriebes. Sie ist die Bezeichnung, die sich der Unternehmer für die Ausübung dieses Geschäftsbetriebes beilegt (146). Firma ist folglich nicht die Bezeichnung für das Geschäft an sich, sondern für den Geschäftsinhaber (oder eine Gesellschaft). Das schweizerische Firmenrecht beruht auf dem Grundsatz der Firmenklar-

141) Lanz a.a.O. 71; Oppikofer a.a.O. 128 ff. Diese Annahme schliesst nicht aus, dass trotzdem Ansprüche auf persönliche Dienstleistungen bestehen können, die aber, da sie nicht mit dem Geschäft in einem inneren Zusammenhang stehen, vom Uebergang ausgeschlossen sind.

142) Wieland a.a.O. 295; Lanz a.a.O. 70 ff.; Früh a.a.O. 149; Fick a.a.O. Art. 181 N 22; BGE 33 II 300 ff.

143) Vorne 19.

144) Vgl. die betr. BGes: BGes betr. die Erfindungspatente (Patentgesetz) vom 21. Juni 1907, Art. 9. BGes betr. die gewerblichen Muster und Modelle (Musterschutzgesetz) vom 30. März 1900, Art. 4. BGes betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst (Urheberrechtsgesetz) vom 7. Dezember 1922, Art. 9.

145) Vorne 20.

146) Wieland a.a.O. I 174. Eine gesetzliche Definition gibt das Obligationenrecht nicht, wohl aber das HGB § 17: "Die Firma ist der Name des Kaufmanns".

heit und Firmenwahrheit (147). Logische Folgerung dieses Systems der Firmenwahrheit ist, dass die Firma grundsätzlich nicht übertragen werden kann. Dies geht auch aus Art. 938 OR hervor, der bestimmt, dass die Firma im Handelsregister gelöscht werden soll, wenn das Geschäft zu bestehen aufhört oder auf eine andere Person übergeht.

Aus Art. 953 II OR geht aber hervor, dass es unter ganz bestimmten Voraussetzungen möglich ist, mit dem Geschäft auch die Firma zu übernehmen (148). Der Weiterführung der Firma muss vom früheren Inhaber oder seinen Erben ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt werden. Ferner muss in einem Zusatz das Nachfolgeverhältnis zum Ausdruck kommen und der neue Inhaber genannt werden. Der Firmenübergang gemäss Art. 953 OR setzt die Uebernahme eines Geschäftes voraus. Begrifflich handelt es sich hier um ein Geschäft, wie es für diese Arbeit festgelegt wurde, d. h. um eine Summe von Aktiven und Passiven. Aus denselben Gründen wie im Sinne von Art. 181 OR ist es daher auch für den Tatbestand des Art. 953 OR nicht notwendig, dass sämtliche Aktiven und Passiven übernommen werden. Es genügt, dass diejenigen Bestandteile des Geschäftes übergehen, die für die Fortführung des Geschäftes unentbehrlich sind (149). Andererseits setzt diese Weiterführung voraus, dass das Geschäft im Moment der Uebernahme bestehen muss, d. h. die Firma muss für die Wirkung dieses Artikels rechtsgültig und im Handelsregister eingetragen sein.

Als Uebernahme im Sinne dieses Artikels gelten alle Veräusserungsverträge, die wir schon für den Art. 181 OR unter dem Ausdruck "Uebernahme" zusammengefasst haben.

b) Die Uebertragung der Marke. Im Gegensatz zur Firma, die die Aufgabe hat, ein Geschäft als Ganzes zu bezeichnen, bezweckt die Marke die Bezeichnung einzelner Waren aus einem bestimmten Geschäftsbetrieb (150). Das Recht an der Marke ist ein an das Geschäft gebundenes Vermögensrecht (151). Es wird geschützt durch das Bundesgesetz betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken, der Herkunftsbezeichnungen von Waren und der gewerblichen Auszeichnungen vom 26. Sept. 1890, abgeändert durch Bundesgesetz vom 21. Dezember 1928 (MSchG). Wenn von der Uebertragung der Marke gesprochen wird, so ist dieser Uebergang dahin zu verstehen, dass in der Person des Berechtigten an der Marke ein Wechsel eintritt (152). Dieser Grundsatz der Uebertragung des Rechts an der Marke liegt dem Art. 11 MSchG zu Grunde, der ausdrücklich festlegt, dass eine Marke übertragen werden kann. Ferner ist aus diesem Artikel die akzessorische Natur der Marke ersichtlich, indem er bestimmt, dass sie nur in Verbindung mit dem Geschäft übertragen werden kann. Daraus folgt, dass die Marke kein frei verkehrsfähiges Recht darstellt und daher untergeht, wenn sie ohne das Geschäft übertragen werden soll (153).

147) Vgl. die Art. 944 - 956 OR.

148) Vgl. dazu Steiger, Schweizerisches Firmenrecht (Zürich 1938) 48 ff.; Bühler a. a. O. 56/57.

149) Wieland a. a. O. I 207.

150) Bussmann, Name, Firma, Marke (Berlin 1937) 40. Falb, Die Uebertragung der Fabrik- und Handelsmarke nach Art. 11 MSchG (Diss. Bern 1943) 17.

151) Vorne 20.

152) Falb a. a. O. 4.

153) Sandreuter a. a. O. 77.

Wie schon erwähnt, erfolgt die Uebertragung des Rechts an der Marke durch den Wechsel der Person des Berechtigten. Bei einer Geschäftsveräußerung vollzieht sich dieser Wechsel durch dingliche Uebertragung der einzelnen Geschäftsbestandteile. Aus dieser Ueberlegung folgt, dass der Uebernehmer des Geschäftes die Marke nicht schon im Zeitpunkt des Abschlusses des Uebnahmevertrages erwirbt. Rechtskräftig erworben wird die Marke erst durch Eintragung im Markenregister, d. h. wenn der Veräußerer die Umschreibung auf den Uebernehmer im Markenregister vorgenommen hat (154).

Schliesslich haben wir noch eine dritte Gruppe von immateriellen Vermögensrechten unterschieden: Die Rechte aus sonstigen immateriellen Werten, die auf Grund des konkreten Geschäftsbetriebes und seiner tatsächlichen Beziehungen und Verhältnisse entstehen, die Kundschaft und die Chancen.

a) Die Uebertragung der Kundschaft. Die Uebertragung der Kundschaft kann bei einer Geschäftsveräußerung eine wesentliche Rolle spielen. Da die Kundschaft, wie wir dargetan haben, in übertragenem Sinne als aktives Vermögensrecht aufgefasst werden kann, muss sie Gegenstand eines Abtretungsvertrages sein können. Der allgemeine Sprachgebrauch spricht meistens vom "Verkauf" oder von der "Abtretung" einer Kundschaft, trotzdem diese Rechtsgeschäfte keinen "Verkauf" oder keine "Abtretung" im Sinne des Obligationenrechts darstellen (155). Es stellt sich folglich die Frage, durch welchen Vorgang es dem Uebernehmer ermöglicht wird, diese Rechte an der Kundschaft zu erwerben.

Die "Kunden" als solche können nicht übertragen werden. Wenn von einer Uebertragung der Kundschaft gesprochen wird, so ist darunter vielmehr die Uebertragung der Beziehungen zu ihnen zu verstehen. Diese Beziehungen sollen es dem Uebernehmer ermöglichen, den Verkehr mit der Kundschaft im Sinne des früheren Geschäftsbetriebes aufrecht zu erhalten (156). Richtiger wäre demnach, diesen Vorgang, der das Recht an der Kundschaft auf den Uebernehmer überträgt, als Ueberlassung der Kundschaft zu bezeichnen (157).

b) Die Uebertragung der Chancen. Auch die Chancen sind untrennbar mit dem Geschäft verknüpfte Rechte von Vermögenswert. Ihre Uebertragung erfolgt nach den gleichen Grundsätzen, wie die Uebertragung der Kundschaft. Der Veräußerer hat die Pflicht, den Erwerber so in das Geschäft einzuführen und ihm alle diejenigen Faktoren von Vermögenswert zu überlassen oder bekanntzugeben (Geschäftsgeheimnisse), die dazu dienen, das Geschäft vorteilhaft weiter zu betreiben.

154) Ausführlich bei Falb a. a. O. 107 ff.

155) Vinassa a. a. O. 123.

156) Vinasse a. a. O. 114; Wieland a. a. O. I 247.

157) Ueber die Pflichten, die dem Veräußerer aus dieser Ueberlassung entstehen, vgl. vorne 52 ff.

4. Kapitel

WIRKUNGEN UND HAFTUNG GEGENUEBER DEN GLÄUBIGERN

A. ALLGEMEINES UND ABGRENZUNG

Im Gegensatz zum vorigen sollen in diesem Kapitel die Wirkungen und die Haftung des Veräusserers und des Uebernehmers gegenüber den Gläubigern behandelt werden.

Durch den Einschluss der Gläubiger in unsere Betrachtung erweitert sich der Kreis der beteiligten Parteien. Was bis anhin behandelt wurde, war das Innenverhältnis von Veräusserer und Uebernehmer. Massgebend dafür war der zwischen den Parteien vereinbarte Uebernahmevertrag (1). Davon zu unterscheiden ist das Verhältnis dieser Vertragsparteien zu den Gläubigern des übernommenen Vermögens. Durch den Wechsel des Vermögenssubjektes hat sich die Situation der Gläubiger den beiden Parteien gegenüber wesentlich verändert.

Der Zweck der gesetzlichen Regelung einer Vermögensübernahme ist der, die Ansprüche der Gläubiger zu schützen. Wer die aktiven Bestandteile übernimmt, soll auch die Passiven, die begriffsnotwendig zum übernommenen Vermögen gehören, tragen (2). Vermögensübernahme ist somit auch Schuldübernahme im Interesse der Gläubiger.

Es ist notwendig, vorerst den Begriff der Schuldübernahme im allgemeinen zu untersuchen. Darauf aufbauend werden wir die Schuldübernahme im Sinne einer Vermögensübernahme nach Art. 181 OR festlegen können.

B. DIE SCHULDUEBERNAHME

I. Begriff

Die Schuldübernahme ist, wie der Ausdruck besagt, Uebernahme einer fremden Schuld. Voraussetzung ist somit, dass eine Schuld besteht, d. h. es muss ein Verpflichtungsverhältnis zwischen einem Schuldner und einem Gläubiger vorhanden sein (3). Die bestehende Schuld bleibt bei der Schuldübernahme unverändert. Vor und nach der Uebernahme handelt es sich folglich stets um dieselbe Schuld (4). Ein Wechsel tritt nur ein in der

1) Vorne 39.

2) Vorne 8.

3) A. Meier, Die Schuldübernahme im schweizerischen Obligationenrecht, mit besonderer Berücksichtigung des deutschen Rechts (Diss. Leipzig 1919) 1/2.

4) Es kann auch dann nicht mehr von einer Schuldübernahme gesprochen werden, wenn nicht nur die Schuld an und für sich ändert, sondern auch wenn ihr Haftungsgrund ein anderer wird, Becker a. a. O. N 8 vor Art. 175-183.

Person des Schuldners, d.h. durch die Schuldübernahme ändert sich das Subjekt auf der Passivseite der Obligation (5). Die Rechtslage des Gläubigers gegenüber dem Subjekt seiner Forderung bleibt folgerichtig dieselbe. Trotzdem ist es notwendig, dass der Gläubiger bei der Schuldübernahme mitwirken kann. Es ist für ihn von Bedeutung, zu wissen, wer vom Moment der Schuldübernahme an für seine Forderung einzustehen hat (6).

II. Die Schuldübernahme des OR im allgemeinen

1. Die gesetzliche Regelung

Das Institut der Schuldübernahme wird im schweizerischen Obligationenrecht in den Artikeln 175 - 183 geregelt. Unter dem allgemeinen Ausdruck "Schuldübernahme" fasst der Gesetzgeber verschiedene Möglichkeiten zusammen. Diese weichen in ihren Voraussetzungen und Wirkungen voneinander ab und sind daher streng auseinanderzuhalten. Im Aufbau dieser verschiedenen Schuldübernahmearten hat der Gesetzgeber eine gewisse Systematik befolgt. Sie ist aber unklar und schwer verständlich. Es soll daher im Folgenden auf die einzelnen Arten kurz eingegangen werden.

2. Arten von Schuldübernahme

a) Im Artikel 175 OR statuiert das Gesetz zunächst die Möglichkeit der Schuldübernahme auf Grund einer internen Vereinbarung zwischen Urschuldner und Neuschuldner. Eine Mitwirkung oder Zustimmung des Gläubigers ist somit nicht notwendig (7). Die Bestimmung dieses Artikels hat aber keine eigentliche Schuldübernahme zur Folge. In der Person des Schuldners tritt kein Wechsel ein, d.h. die Schuld geht nicht auf den Uebernehmer über. Dieser verpflichtet sich dem Urschuldner gegenüber lediglich dahin, seine Gläubiger durch Tilgung der Schuld zu befriedigen und ihn dermassen von der Schuld zu befreien (8). Daraus geht hervor, dass

5) Hasler a.a.O. 102 und 113; Guhl a.a.O. 204.

6) Daher das Recht des Gläubigers, die ihm bisher dem Schuldner gegenüber zustehenden Ansprüche auch dem neuen Schuldner gegenüber geltend zu machen. Becker a.a.O. N 1 vor Art. 175 - 183.

7) Vgl. Becker a.a.O. Art. 175 N 1.

8) Art. 175 I OR. Diese Befreiung des Schuldners den Gläubigern gegenüber kann auf verschiedene Weise geschehen: Durch Bezahlung der Schuld oder durch Schuldübertragung, indem sich der Uebernehmer selbst zum Schuldner des Gläubigers macht. Daneben stellt aber auch ein mit dem Gläubiger abgeschlossener Novationsvertrag oder Verrechnungsvertrag eine Schuldbefreiung für den Schuldner dar, v. Tuhr a.a.O. II 829; BGE 57 II 115; contra: Hasler a.a.O. 64.

es sich hier nicht um eine eigentliche Schuldübernahme handelt. Diese interne Abmachung zwischen Veräusserer und Uebernehmer ist lediglich ein Versprechen, das der Uebernehmer dem Schuldner abgibt, und zwar geht dieses Versprechen auf Befriedigung der Gläubiger, d. h. auf Erfüllung der Schuld oder indem er sich mit Zustimmung der Gläubiger zu dessen Schuldner macht (9). Diese Art der Schuldübernahme wird von der herrschenden Lehre folgerichtig als Erfüllungsübernahme bezeichnet (10).

b) In Art. 176 I OR wird die eigentliche Schuldübernahme festgelegt. Sie entsteht durch eine vertragliche Vereinbarung zwischen dem Schuldübernehmer und dem Gläubiger des Schuldners. Der neue Schuldner tritt an die Stelle des Altschuldners. Folgerichtig verliert der Gläubiger die Ansprüche, die ihm bis anhin gegen diesen Altschuldner zustanden. Es ist dies die befreiende oder privative Schuldübernahme, da der Schuldner durch diese Schuldübernahme von seiner Schuldpflicht gänzlich befreit wird (11).

c) Erfüllungsübernahme und privative Schuldübernahme entstehen somit durch vertragliche Vereinbarung. Daneben statuiert das Gesetz in Art. 181 OR einen weiteren, gesetzlichen Schuldübergang. Massgebend dafür kann somit nicht mehr der Wille der beteiligten Parteien sein, denn die Schuld geht durch Gesetzesvorschrift von einem Schuldner auf einen andern über. Es wurde im Verlauf der vorliegenden Studie schon verschiedentlich darauf hingewiesen, Art. 181 OR stelle eine Gläubigerschutzvorschrift dar. Durch die gesetzliche Regelung der Vermögens- und Geschäftsübernahme kann demnach der Gläubiger beim Vertragsabschluss nicht mitwirken. Gerade für ihn ist es aber von Bedeutung, zu wissen, wer vom Moment des Schuldnerwechsels an für seine Forderungen einzustehen hat. Aus diesen Gründen schreibt das Gesetz vor, dass eine Schuld, welche einen Bestandteil eines übernommenen Vermögens oder Geschäftes bildet, kumulativ übernommen wird, indem der alte Schuldner dem Gläubiger gegenüber mit dem neuen Schuldner weiterhin verpflichtet bleibt. Diese spezielle Schuldübernahmeart im Sinne von Art. 181 OR soll im Folgenden dargetan werden.

9) Art. 175 I OR.

10) Hasler a. a. O. 13 ff; v. Tuhr 829; Guhl a. a. O. 205; BGE 46 II 245.

11) v. Tuhr a. a. O. II 831 N 25; Becker a. a. O. N. 5 vor Art. 175 - 183.

C. DIE SCHULDUEBERNAHME IM SINNE VON ART. 181 OR

I. Die kumulative Wirkung des Schuldüberganges

1. Allgemeines

Wir haben erwähnt, Art. 181 OR stelle einen Anwendungsfall einer kumulativen Schuldübernahme dar. Der Uebernehmer tritt neben den Veräußerer, der Altschuldner wird nicht entlastet, der Neuschuldner nicht allein haftbar. Kumulative Schuldübernahme ist demnach Beitritt eines neuen Schuldners zu einer schon bestehenden Schuld eines alten Schuldners (12). Voraussetzung für eine kumulative Schuldübernahme ist somit, dass die Schuld, die übernommen werden soll, zu Gunsten des Gläubigers rechtsgültig besteht (13).

Die bis anhin fremde Schuld wird vom Zeitpunkt der Uebernahme an vom Uebernehmer als eigene Schuld betrachtet, ohne dass der Veräußerer von seiner Schuldverpflichtung befreit wird (14). Die Gläubiger bleiben somit nicht nur dem Uebernehmer, sondern auch dem Veräußerer gegenüber klageberechtigt. Zwischen den beteiligten Parteien entsteht dermaßen ein nachträglich begründetes, zeitlich beschränktes Solidarschuldverhältnis im Sinne von Art. 143 ff. OR (15).

2. Wesen und Begriff der Solidarschuld

Wir haben festgelegt, die kumulative Schuldübertragung im Sinne von Art. 181 OR stelle ein Solidarschuldverhältnis dar. Es müssen somit die allgemeinen Regeln des Obligationenrechts über die Solidarität (Art. 143 ff. OR) zur Anwendung kommen. Es soll im Folgenden dargetan werden, inwieweit dieser Gedankengang für unseren speziellen Fall zutrifft.

Die Solidarobligation ist ein Schuldverhältnis, bei dem sich mehrere Schuldner gleichartig an derselben Schuld beteiligen, d.h. jeder Schuldner haftet dem Gläubiger gegenüber für die ganze Schuld. Der Gläubiger hat somit das Recht, von jedem Schuldner die ganze Leistung oder nur einen Teil zu fordern. Kann einer der Schuldner den Gläubiger befriedigen, so sind auch die anderen von ihrer Schuldpflicht befreit. Bei Teilleistung bleibt hingegen jeder einzelne Schuldner bis zur völligen Befriedigung des Gläubigers mitverpflichtet (16).

12) Becker a.a.O. Art. 143 N 7.

13) Reichel, Die Schuldmitübernahme (kumulative Schuldübernahme), (München 1909) 344; vgl. Meier a.a.O. 3.

14) Reichel a.a.O. 1.

15) v. Tuhr a.a.O. II 747; Des Gouttes a.a.O. 107; Hasler a.a.O. 56; Treadwell a.a.O. 63; Reichel a.a.O. 65 & 93.

16) Art. 144 OR; vgl. dazu v. Tuhr a.a.O. 742 ff.; Becker a.a.O. N 1 ff. vor Art. 143 - 150 OR.

3. Begründung des Solidarschuldverhältnisses

Ein Solidarschuldverhältnis kann durch Vereinbarung der beteiligten Parteien entstehen. Jeder Schuldner verpflichtet sich dem Gläubiger gegenüber, für die Erfüllung der ganzen Schuld einzustehen (17). Diese Willenserklärung ist formlos gültig. Sie kann ausdrücklich abgegeben werden (18) oder von Fall zu Fall aus dem Inhalt des Vertrages abgeleitet werden. Von dieser Solidarschuldbegründung durch Vereinbarung der beteiligten Parteien unterscheidet sich die Solidarschuldbegründung durch kumulative Schuldübernahme im Sinne von Art. 181 OR. Dieses Gesamtschuldverhältnis wird nicht allein durch den Vertragsschluss des Schuldners mit dem Gläubiger begründet. Das Gesetz legt fest, dass neben dem Uebernehmer der Veräusserer solidarisch weiterhaftet. Es handelt sich somit bei Art. 181 OR um einen gesetzlichen Schuldübergang.

II. Die gesetzliche Schuldübernahme

Wir haben in einem anderen Zusammenhang (19) bereits erwähnt, dass es sich bei der kumulativen Schuldübernahme im Sinne von Art. 181 OR um einen Schuldübergang kraft Gesetzes handelt. Dies im Interesse der Gläubiger. Diese Tatsache kann uns aber für das Verständnis der ratio des Art. 181 OR nicht genügen. Wir wollen in diesem Zusammenhang festhalten:

Der Grund der gesetzlichen Regelung dieser Schuldübernahmeart ist nicht der, dass eine Schuld übernommen wird, sondern die Tatsache, dass ein neuer Schuldner zu einem schon bestehenden Verpflichtungsverhältnis hinzutritt. Reichel (20) umschreibt dieses eigenartige Rechtsverhältnis zutreffend, indem er sagt: "Die Mitschuldnerschaft kraft Gesetzes ist keine reine obligatio ex lege: sie ist vielmehr ein vom Gesetz verfügter Eintritt in eine fremde obligatio. Das Gesetz stellt nicht den Schuldgrund, sondern lediglich den Grund des Eintritts in den fremden Schuldgrund (und Schuldinhalt) her".

Aus dieser Erkenntnis ist die ratio des Art. 181 OR unschwer abzuleiten: Wenn ein Vermögen von einem Schuldner auf einen andern übergeht, ist der Gläubiger nur dort für seine Forderungen geschützt, wo die Weiterhaftung des Veräusserers gesetzlich festgelegt ist.

Nach Art. 181 III OR hat aber diese Schuldübernahme, abgesehen von der Weiterhaftung des Veräusserers, die gleiche Wirkung wie die Uebernahme einer einzelnen Schuld.

17) Art. 143 OR.

18) "solidarisch", "als Gesamtschuldner", "samt und anders"; vgl. dazu Becker a.a.O. Art. 143 N 1; v. Tuhr a.a.O. 745 und die dort angeführten Beispiele.

19) Vorne I

20) a.a.O. 92.

III. Die Uebernahme einer einzelnen Schuld

1. Allgemeines

Art. 181 III OR lautet: "Im übrigen hat diese Schuldübernahme die gleiche Wirkung wie die Uebernahme einer einzelnen Schuld". Was will der Gesetzgeber mit dem Ausdruck "im übrigen" festlegen? Das Hauptproblem des Art. 181 OR ist die kumulative Weiterhaftung des Vermögensveräußerers. Abgesehen davon, d.h. "im übrigen", treten auch hier die allgemeinen Wirkungen eines Schuldnerwechsels ein. Es handelt sich dabei um die Art. 178, 179 und 180 OR. Wir wollen diese Bestimmungen, im Zusammenhang mit dem Uebergang eines Vermögens, kurz erörtern.

2. Art. 178 OR: Die Nebenrechte

Art. 178 I OR legt fest, dass die Nebenrechte, soweit sie nicht mit der Person des Schuldners untrennbar verknüpft sind, durch den Schuldnerwechsel nicht berührt werden. Die Anwendung dieser Bestimmung auf unseren speziellen Fall ist auch deshalb gerechtfertigt, weil sie im Interesse des Gläubigerschutzes liegt. Dadurch nämlich, dass diese Nebenrechte durch die Schuldübernahme nicht berührt werden und daher mit der Schuld nicht auf den Uebernehmer übergehen, stellen sie für den Gläubiger auch nach dem Schuldnerwechsel Sicherheiten dar (21). Denn die Schuld bleibt bestehen, d.h. sie geht, wie sie ist, von einem Schuldner auf einen andern über. Folgerichtig bleiben auch die Nebenrechte bei der Schuld. Zu diesen Nebenrechten (22), die nicht mit der Person des Schuldners untrennbar verknüpft sind, müssen gezählt werden:

a) Der Anspruch auf Zinsen. Der Gläubiger hat Anspruch auf die laufenden Zinsen der in Frage stehenden Kapitalschuld (23). Verfallene und im Moment des Schuldnerwechsels fällige Zinsen gehören zum Inhalt der Nebenrechte des Gläubigers und sind demnach übertragbar (24). Es steht ja dem Uebernehmer frei (25), im Vertrag mit dem Altschuldner die Haftung für diese verfallenen Zinsen auszuschliessen. Wo dies aber nicht der Fall ist, bleibt dieser Anspruch des Gläubigers, der ein Nebenrecht im Sinne von Art. 178 I darstellt, zu Recht bestehen.

21) v. Tuhr a.a.O. II 841.

22) Darunter fallen auch die im Art. 170 OR genannten Vorzugsrechte des Gläubigers, sofern auch diese nicht mit der Person des Schuldners untrennbar verknüpft sind. v. Tuhr a.a.O. II 842.

23) Treadwell a.a.O. 61; Hasler a.a.O. 95; v. Tuhr a.a.O. II 841.

24) v. Tuhr a.a.O. II 841; analog Art. 170 III OR, wo für die Zession vermutet wird, dass mit der Hauptforderung auch rückständige Zinsen auf den Erwerber übergehen. Gegenteiliger Ansicht sind Becker a.a.O. Art. 178 N 2; Hasler a.a.O. 95; Schurter, Die Theorie der Schuldübernahme ZSR 20 (Basel 1901) 229 und 338; Treadwell a.a.O. 61. Ihre Meinung geht dahin, dass fällige Zinsen im Moment der Schuldübernahme eine selbständige Schuld, bzw. Forderung darstellen und daher nicht übergehen. Vgl. dazu auch BIZüR. 32, 102 ff.

25) Vgl. vorne 21/22.

b) Ansprüche aus Konventionalstrafen, Schadenersatz und Verzug gehen ebenfalls mit der Hauptschuld über. Es gilt dasselbe wie bei den eben besprochenen Zinsen. Auch hier ist es demnach unwesentlich, ob diese Ansprüche im Moment der Schuldübernahme bereits verfallen sind, oder noch zu Recht bestehen (26).

c) Uebertragbare Nebenrechte (27) des Gläubigers im Sinne von Art. 178 I OR sind die Konkurs- und Pfändungsprivilegien des SchKG Art. 219. Diese Vorzugsrechte sind folglich nicht dermassen mit dem Schuldner verknüpft, dass sie nicht übertragbar sind, sie gehen vielmehr, im Sinne von Art. 178 I OR, mit der Schuld auf den Erwerber über. Der Gläubiger behält demnach seine Vorzugsstellung auch im Konkurs des Schuldübernehmers bei (28), und zwar aus folgenden Gründen:

aa) Beim Abschluss des Uebernahmevertrages wird der Wille des Gläubigers nicht berücksichtigt (29), denn er ist nicht Vertragspartner. Das Gesetz macht nun aber die Gültigkeit der Schuldübernahme von der Mitteilung (30) an die Gläubiger abhängig. Die einzige Gewähr bieten dem Gläubiger die Zahlungsfähigkeit des Uebernehmers und die kumulative Weiterhaftung des Veräusserers. Im Interesse des Gläubigerschutzes ist es daher notwendig, dass der Gläubiger auch im Konkurs des Uebernehmers den gleichen Rang einnimmt, den er gegen den Altschuldner gehabt hätte.

bb) Der Zweck der Konkursprivilegien ist der, einer gewissen Klasse von Gläubigern besonderen Schutz zu gewähren. Wenn nun aber diese Vorzugsrechte beim Schuldner verbleiben, werden dadurch diejenigen Gläubiger geschädigt, die durch die Konkursprivilegien des Art. 219 SchKG geschützt werden sollen. Folgerichtig muss die Vorzugsstellung des Gläubigers auch dem Uebernehmer gegenüber erhalten bleiben.

d) Der Anspruch des Gläubigers auf von Dritten bestellten Pfändern und Bürgschaften bleibt nur bestehen, wenn sich der Verpfänder oder der Bürge (31) bereit erklären, auch dem Uebernehmer gegenüber weiterzukaften. Ist dies nicht der Fall, gehen diese Sicherheiten des Gläubigers im Zeitpunkt der Schuldübernahme unter (Art. 178 II OR) (32).

26) v. Tuhr a.a.O. II 841; Hasler a.a.O. 95/96; Becker a.a.O. Art. 178 N 2.

27) Vgl. das unter N 22 Gesagte.

28) So auch Hasler a.a.O. 93 ff.; Schurter a.a.O. 339. Die gegenteilige Ansicht vertreten: v. Tuhr a.a.O. II 842/43; Becker a.a.O. Art. 178 N 4. Ebenfalls das BGB § 418 II: "Ein mit der Forderung für den Fall des Konkurses verbundenes Vorzugsrecht kann nicht im Konkurs über das Vermögen des Uebernehmers geltend gemacht werden".

29) Vgl. vorne 27/28.

30) Vgl. vorne 34 ff.

31) Vgl. Art. 493 V OR. Die Zustimmung des Bürgen muss schriftlich erfolgen.

32) v. Tuhr a.a.O. II 841/42; Becker a.a.O. Art. 178 N 5; Hasler a.a.O. 89 ff.; Treadwell a.a.O. 61.

3. Art. 179 OR: Die Einreden (33)

Auch die Einreden des Uebernehmers gegenüber den Gläubigern können wiederum im Interesse des Gläubigerschutzes bestehen. Wir haben erwähnt, dass die Stellung des Gläubigers durch den Schuldnerwechsel nicht verschlechtert werden darf. Aus diesem Grunde statuiert das Gesetz in Art. 179 OR eine gewisse Beschränkung der Einreden, die auf den Erwerber der Schuld übergehen sollen. Es unterscheidet dabei zwei verschiedene Arten von Einreden: Einreden aus dem Schuldverhältnis (Art. 179 I OR) und solche, die dem bisherigen Schuldner persönlich gegen die Gläubiger zustanden (Art. 179 II OR) (34).

a) Einreden aus dem Schuldverhältnis. Durch die Schuldübernahme bleibt das Schuldverhältnis bestehen, d.h. der Umfang der Haftung wird durch den Schuldnerwechsel nicht verändert (35). Der Uebernehmer wird folgerichtig nur aus diesem Schuldverhältnis verpflichtet und nur soweit, als der Veräusserer im Zeitpunkt der Uebergabe selber verpflichtet war (36). Die Einreden des Urschuldners aus diesem Schuldverhältnis gehen somit auch auf den Uebernehmer über. Auch der Uebernehmer eines Vermögens hat demnach das Recht, insbesondere folgende Einreden geltend zu machen:

aa) Die Einrede, dass für die Gültigkeit eines obligatorischen Vertrages die notwendigen Vertragsvoraussetzungen fehlen (37).

bb) Die Einrede des Nichteinhaltens der Formvorschriften für einen rechtsgültigen Vermögensübernahmevertrag (38).

cc) Die Einrede, dass der Vertrag seinem Inhalte nach gegen die Vorschriften von Art. 19/20 OR verstosse (39).

dd) Die Einrede, dass die Schuld durch Erfüllung, Erlass, Verrechnung oder aus anderen Gründen untergegangen ist (40).

b) Einreden, die mit der Person des Schuldners verbunden sind. Diese Einreden beruhen nicht auf dem Schuldverhältnis, sondern stehen mit der Person des Schuldners im Zusammenhang. Sie können somit nicht auf den Erwerber übergehen (Art. 179 II OR). Solche höchstpersönliche Einreden des Veräusserers sind:

33) Ueber die Mehrdeutigkeit dieses Begriffes vgl. v. Tuhr a.a.O. II 829 N 25.

34) Näheres darüber bei Hasler a.a.O. 96 ff.

35) Becker a.a.O. Art. 179 N 2.

36) v. Tuhr a.a.O. II 838.

37) Vorne 27 Diese Einrede kann wegfallen, wenn der Schuldner den Vertrag im Sinne von Art. 31 OR genehmigt, v. Tuhr a.a.O. II 839 N 79.

38) Vorne 28.

39) Vonre 29.

40) v. Tuhr a.a.O. II 839.

aa) Die Einrede der Verrechnung. Dadurch soll dem Uebernehmer die Möglichkeit genommen werden, Gegenforderungen des Schuldners, die diesem gegen die Gläubiger zustehen, zu verrechnen (41). Auch diese Bestimmung stellt einen Schutz der Gläubiger dar. Es wäre nämlich auch einem insolventen Uebernehmer möglich, z. B. ein Geschäft zu übernehmen, indem er die Gläubiger nicht durch eigene Mittel, sondern durch Kompensation der Gegenforderungen befriedigen könnte. Das im Interesse der Gläubiger zu verhindern ist der Sinn dieser Bestimmung. Sie ist daher auch auf die Uebernahme eines Vermögens anwendbar.

bb) Die Einrede aus dem Schenkungsversprechen (Art. 250 OR). Auch diese Einrede ist mit der Person des Schuldners verbunden und kann folgerichtig nicht auf den Erwerber übergehen, denn dieser wird durch die Uebernahme des Schenkungsversprechens nicht zum Schenker. Der Grund dieser Regelung liegt in der höchstpersönlichen Natur der Schenkung (42).

c) Einreden, die sich auf das Rechtsverhältnis zwischen Altschuldner und Neuschuldner beziehen, kann der Uebernehmer gegenüber den Gläubigern nicht geltend machen (Art. 179 III OR). Es sind dies interne Abmachungen zwischen Veräusserer und Uebernehmer, die mit den Gläubigern in keiner Beziehung stehen (43).

d) Nicht gesetzlich geregelt sind die Einreden, die dem Uebernehmer persönlich gegen die Gläubiger zustehen. Sie bleiben ihm auch für die übernommene Schuld bestehen, denn durch die Schuldübernahme ist die bis anhin fremde Schuld zu seiner eigenen geworden (44).

D. DIE HAFTUNG DES ERWERBERS GEGENUEBER DEN GLAEBIGERN

I. Allgemeines

1. Wir haben in den bisherigen Ausführungen schon verschiedentlich von der Stellung des Vermögenserwerbers im besonderen gesprochen. Dabei beleuchteten wir vornehmlich seine Stellung als Vertragspartner des Vermögensveräusserers. Im Folgenden soll nun dargetan werden, in welchem Verhältnis der Vermögenserwerber zu den Gläubigern des übernommenen Vermögens steht.

41) v. Tuhr a. a. O. II 839 und 848; Hasler a. a. O. 97/98; Becker a. a. O. Art. 179 N 3.

42) v. Tuhr a. a. O. II 839/40; Becker a. a. O. Art. 178 N 3.

43) v. Tuhr a. a. O. II 840; Becker a. a. O. Art. 179 N 5.

44) Becker a. a. O. Art. 179 N 4; Bühler a. a. O. 42.

2. Art. 181 I OR lautet: "Wer ein Vermögen oder ein Geschäft mit Aktiven und Passiven übernimmt, wird den Gläubigern aus den damit verbundenen Schulden ohne weiteres verpflichtet, sobald von dem Uebernehmer die Uebernahme den Gläubigern mitgeteilt oder in öffentlichen Blättern ausgekündigt worden ist". Das Verhältnis des Vermögenserwerbers zu den Gläubigern wird somit durch das Gesetz selbst bestimmt. Es ist ein unmittelbares, unabhängig vom Willen der den Vertrag schliessenden Parteien (45). Derjenige, der ein Vermögen übernimmt, hat auch die damit verbundenen Schulden zu tragen. Die Passiven sind begriffsnotwendig Bestandteile des Vermögens. Folgerichtig ergibt sich der Grund des Schuldenüberganges aus der Tatsache der Uebernahme eines Vermögens.

3. Durch die Uebernahme eines Vermögens (46) wird der Erwerber den Gläubigern aus den damit verbundenen Schulden haftbar. Dies aber nur dann, wenn sämtliche Bedingungen erfüllt sind, die wir als Haftungsvoraussetzungen für die Wirkungen des Art. 181 OR festgelegt haben (47).

Für die Haftung des Erwerbers gegenüber den Gläubigern kann somit festgelegt werden: Die Haftung tritt nur ein, wenn ein Vermögen übernommen und diese Uebernahme den Gläubigern mitgeteilt wurde (48).

II. Die Haftung insbesondere

1. Begründung

Die Schuldenhaftung des Erwerbers gegenüber den Gläubigern ist vor allem bei der Uebernahme eines Geschäftes von grosser Bedeutung. Durch den Wechsel des Vermögenssubjektes (49) darf die Lage der Gläubiger nicht verschlechtert werden. Nur durch eine Weiterhaftung des Veräusserers ist den Gläubigern nicht gedient. Durch die Geschäftsübergabe sind die Aktiven des Geschäftes übergegangen und dadurch den Gläubigern entzogen. Die Gegenleistung kann zur Sicherung der Gläubiger auch nicht genügen, denn über diese ist der Veräusserer berechtigt, vor Inanspruchnahme durch die Gläubiger frei zu verfügen (50).

Auch eine unentgeltliche Uebernahme kann die Voraussetzungen von Art. 181 OR erfüllen (51). Das Gesetz muss demnach auch in diesem Falle einen genügenden Schutz des Gläubigers vorsehen. Dieser Schutz wird durch die Schuldenhaftung des Erwerbers in genügendem Masse gewährleistet (52).

45) Bühler a. a. O. 42.

46) d. h. durch die Schuldübernahme, denn die Passiven gehören begriffsnotwendig zum Vermögen.

47) Vorne 22.

48) Vorne 34 ff. BGE 49 II 251; 60 II 107; v. Tuhr a. a. O. 845/46; Becker a. a. O. Art. 181 N 16; Des Gouttes a. a. O. 84 ff.; Schurter a. a. O. 362; Willy Dolder, Haftung aus Geschäftsübernahme nach schweizerischem Recht (Diss. Basel 1923) 56 ff.; vgl. dazu die dort angeführten älteren Entscheide. Anderer Meinung sind Hasler a. a. O. 134 ff., Treadwell a. a. O. 84. Für das deutsche BGB Düringer-Hachenburg a. a. O. § 25 N 19.

49) d. h. in diesem Falle Wechsel des Geschäftsinhabers.

50) Domke a. a. O. 60.

51) Vorne 31/32 und 47/48.

52) Vgl. dazu auch Reichel a. a. O. 95.

2. Zeitliche Begrenzung der Haftung

a) Die Haftung des Erwerbers beginnt mit der Mitteilung an die Gläubiger (53). Diese Regelung des Gesetzes ist klar. Sie gestattet, den Beginn der Haftung genau festzulegen (54).

b) Die Haftung des Erwerbers ist im Prinzip zeitlich unbeschränkt (55). Dies im Gegensatz zum Veräusserer, für den das Gesetz die Dauer der Haftung auf zwei Jahre festgesetzt hat (56). Während dieser zweijährigen Frist haftet der Erwerber den Gläubigern gegenüber als Solidarschuldner (57). Nach Ablauf dieser Frist kommen die Bestimmungen über die Uebernahme einer einzelnen Schuld zur Anwendung (58).

c) Der Erwerber wird aus seinem Haftungsverhältnis gegenüber den Gläubigern entlassen, sobald die mit dem in Frage stehenden Vermögen verbundenen Schulden getilgt sind. Die Schulden, die der Erwerber mit den Gläubigern nach der Uebernahme, d. h. während der Dauer des Haftungsverhältnisses, eingegangen ist, sind nicht mehr mit dem übernommenen Vermögen im Zusammenhang. Aus diesem Grunde scheiden sie aus unserer Betrachtung aus.

3. Gegenstand und Umfang der Haftung

Gegenstand der Haftung des Uebernehmers sind die Passiven, die mit dem Vermögen oder Geschäft verbunden sind. Massgebend für diesen Umfang ist in erster Linie der Vertrag, der namentlich die Höhe der übernommenen Schulden festlegt (59). Folgerichtig muss es den Parteien freistehen, den Umfang der Schulden, die übergehen sollen, zu beschränken. Der Vertrag wird indessen zwischen Veräusserer und Uebernehmer abgeschlossen. Somit kann diese Einschränkung nur interne Wirkungen zwischen den Vertragsparteien haben.

Davon zu unterscheiden ist das so entstandene Verhältnis des Erwerbers zu den Gläubigern. Ihnen gegenüber wird der Erwerber dermassen haftbar, wie er ihnen die Uebernahme mitgeteilt hat. Von dieser Haftung ausgeschlossen sind diejenigen Verpflichtungen des Veräusserers, die nicht übertragen werden können (60). Folgerichtig haftet der Uebernehmer auch nicht für die Verpflichtungen, deren Uebernahme er in der Mitteilung ausdrücklich abgelehnt hat (61).

53) Vgl. vorne 34.

54) Die Mitteilung hat somit eine doppelte Bedeutung. Sie ist einerseits Voraussetzung, damit die Wirkungen des Art. 181 OR überhaupt eintreten. Daneben legt sie auch den Zeitpunkt des Beginns der Haftung fest. Vgl. dazu auch Hasler a. a. O. 136 und Des Gouttes a. a. O. 88.

55) Ausgenommen sind die Vorschriften der Verjährung.

56) Hinten 82.

57) Vorne 73.

58) Vorne 74; Art. 178 OR.

59) Vorne 47 und 58; Becker a. a. O. Art. 181 N 24; Schurter a. a. O. 338.

60) Vorne 39 ff.; v. Tuhr a. a. O. II 847 N 129.

61) Vgl. v. Tuhr a. a. O. II 847 namentlich N 130. Ebenso BGE 60 II 104/105.

Der Uebernehmer wird für die übernommenen Schulden unbeschränkt haftbar (62). Massgebend für diese Haftung ist somit nicht nur der in Frage stehende Vermögenskomplex. Der Erwerber haftet mit seinem ganzen Vermögen (63). Dies im Interesse der Gläubiger. Wir haben in einem anderen Zusammenhang dargetan (64), dass die Voraussetzungen von Art. 181 OR ebenfalls erfüllt sind, wenn einem geringen Bestand von Aktiven eine verhältnismässig grosse Passivsumme gegenübersteht. Es ist aus diesem Grund nur verständlich und entspricht der ratio des Art. 181 OR, dass der Uebernehmer eines derartigen Vermögenskomplexes den Gläubigern gegenüber mit seinem ganzen Vermögen zu haften hat.

4. Haftung bei Dahinfallen des Vermögensübernahmevertrages

Als Bedingung für die Haftung des Erwerbers den Gläubigern gegenüber haben wir das rechtsgültige Bestehen eines Vermögensübernahmevertrages vorausgesetzt (65). Es bleibt uns somit noch, die Frage zu untersuchen, wie sich die Haftung bei Dahinfallen des Vertrages gestaltet. Wir haben festgelegt, dass abgesehen von der kumulativen Weiterhaftung des Veräusserers, diese Schuldübernahme die gleiche Wirkung hat wie die Uebernahme einer einzelnen Schuld (66). Für das Dahinfallen eines Vermögensübernahmevertrages kommen demnach die entsprechenden Bestimmungen zur Anwendung. Es handelt sich dabei um Art. 180 OR.

aa) Bei Vorliegen eines Willensmangels, nämlich Irrtum (Art. 23 OR), Täuschung (Art. 28 OR) oder Furchterregung (Art. 29 OR) ist der Vertrag einseitig unverbindlich (67). Es ist daher durchaus möglich, dass während der einjährigen Frist des Art. 31 OR bereits gewisse Rechtswirkungen erzeugt wurden (68). Es ist verständlich, dass die Forderungen des Gläubigers auch einem derartigen Erwerber gegenüber geschützt werden müs-

62) Dies im Gegensatz zur analogen Bestimmung des deutschen Rechts BGB § 419, wo der Erwerber nur *cum viribus patrimonii* haftet, d. h. in der Höhe des übernommenen Vermögens.

63) Hasler a. a. O. 138; Des Gouttes a. a. O. 88.

64) Vorne 26.

65) Vorne 27ff.

66) Vorne 74.

67) Dieser Vertrag ist demnach nicht nichtig, sondern kann *de lege lata* angefochten werden. Meier a. a. O. 54.

68) Trotzdem der Vertrag einseitig unverbindlich ist, ist es durchaus möglich, dass dieser Vertrag bereits gewisse Rechtswirkungen erzeugt hat. Dernburg (zit. vorne 3 N 13) § 116 II, zit. bei Franz Bachler, Die Haftung des vertragsmässigen Uebernehmers eines Vermögens gegenüber den Gläubigern des Veräusserers gemäss § 419 BGB (Diss. Breslau 1928) 16, sagt zutreffend: "Das nichtige Rechtsgeschäft ist keinesweges ein Nichts... es erzeugt allerdings nicht die Rechtswirkungen, welche aus dem Geschäft entstehen würden, wenn es gültig wäre. Aber die Tatsache, dass das Geschäft getätigt und von den beteiligten Parteien in den Rechtsverkehr gestellt ist, gibt ihm eine faktische Bedeutung, welcher mehr oder weniger auch das Recht huldigen muss".

sen. Diesen Schutz gewährleistet das Gesetz in dem Sinne, dass die Verpflichtungen des früheren Schuldners mit allen Nebenrechten wiederaufleben, unter Vorbehalt der Rechte gutgläubiger Dritter (Art. 180 I OR). Daraus ergibt sich folgerichtig für den Erwerber, dass er den Gläubigern gegenüber nicht haftbar wird, da seine Verpflichtung mit dem Uebernahmevertrag dahinfällt (69).

bb) Der Uebernehmer wird dann schadenersatzpflichtig, wenn ihn am Dahinfallen des Vermögensübernahmevertrages ein Verschulden trifft (Art. 180 II OR) (70).

cc) Der Rücktritt vom Vertrag wegen Leistungsverzug nach Art. 107 OR bewirkt ebenfalls das Dahinfallen eines Vertrages. Diese Bestimmung ist daher auch auf eine Vermögensübernahme anwendbar. Auf Grund von Art. 181 III OR hat somit auch Art. 180 OR analoge Gültigkeit.

E. DIE HAFTUNG DES VERÄUSSERERS GEGENUEBER DEN GLÄUBIGERN

I. Allgemeines über die Stellung des Veräusserers

Die Stellung des Veräusserers seinem Vertragspartner, dem Uebernehmer gegenüber, ist in einem anderen Zusammenhang behandelt worden. In Frage steht wiederum das externe Verhältnis, diesmal des Vermögensveräusserers, den Gläubigern gegenüber.

Art. 181 II OR lautet: "Der bisherige Schuldner haftet jedoch solidarisch mit dem neuen noch während zwei Jahren, die für fällige Forderungen mit der Mitteilung oder Auskündung und bei später fällig werdenen Forderungen mit Eintritt der Fälligkeit zu laufen beginnen". Für die Stellung des Vermögensveräusserers gilt dasselbe, was schon für den Erwerber dargetan wurde (71).

a) Das Verhältnis des Veräusserers den Gläubigern gegenüber ist ein gesetzliches, unabhängig vom Willen der beteiligten Vertragsparteien.

b) Die Passiven sind Bestandteile des Vermögens. Grund der Schuldenhaftung des Veräusserers ist folgerichtig die Tatsache, dass ein Vermögen veräussert wird.

c) Auch für den Veräusserer treten die Wirkungen des Art. 181 OR ein, wenn die Voraussetzungen für einen rechtsgültigen Vermögensübergang vorhanden sind (72). Der Veräusserer haftet demnach nur dann, wenn ein Vermögen in Frage steht, und wenn diese Veräusserung den Gläubigern mitgeteilt wurde.

69) So auch Becker a.a.O. Art. 181 N 34; Hasler 107 ff.; Des Gouttes 103; Meier 54; Treadwell a.a.O. 62; a.M. v. Tuhr a.a.O. II 843.

70) v. Tuhr a.a.O. 843 N 107; Becker a.a.O. Art. 180 N 4 und 5.

71) Vorne 77 ff.

72) Vorne 22 ff.

Wir gelangen demmassen zu dem Resultat, dass sich der Veräußerer eines Vermögens den Gläubigern gegenüber in einem Haftungsverhältnis befindet, resp. darin bleibt. Entsprechend der besonderen Stellung des Veräußerers beim Vermögensübergang, gestaltet sich auch das Haftungsverhältnis. Dieses soll daher im Folgenden gesondert behandelt werden.

II. Die Haftung insbesondere

1. Begründung

Zwischen den beteiligten Parteien, d.h. zwischen Uebernehmer und Veräußerer, entsteht durch den Vermögensübergang im Sinne von Art. 181 OR ein Solidarschuldverhältnis (73). Der Gläubiger behält demnach auch nach dem Uebergang des Vermögens den alten Schuldner bei. Dadurch werden die Interessen des Gläubigers geschützt, seine Lage wird nicht verschlechtert. Der Grund der Schuldenhaftung des Veräußerers ist somit: Schutz des Gläubigers beim Uebergang eines Vermögens, da ihm die Möglichkeit fehlt, als aktive Vertragspartei beim Uebergang mitzuwirken (74).

Trotz dieser günstigen Stellung, die der Gläubiger durch eine derartige Regelung erlangt, darf die Stellung des Veräußerers nicht vernachlässigt werden. Vergegenwärtigen wir uns seine Lage: Handelt es sich um eine Geschäftsveräußerung, bleibt der Veräußerer nach Weggabe seines Geschäftes Mitschuldner des Uebernehmers den Gläubigern gegenüber. In dieser Stellung als Solidarschuldner hat er aber kein Recht mehr, z. B. bei schlechter Geschäftsführung des Uebernehmers einzugreifen. Wenn der Erwerber eines Geschäftes in Konkurs gerät, sind die Gläubiger berechtigt, auf den Altschuldner zurückzugreifen (75). Um eine derartige Verschlechterung der Situation des Veräußerers zu verhindern, statuiert das Gesetz eine zeitliche Beschränkung der Haftung des Veräußerers.

2. Zeitliche Beschränkung der Haftung

a) Das Gesetz legt fest, wann die Haftung des Veräußerers beginnt. Für Forderungen, die im Moment der Veräußerung fällig sind (76), beginnt die Frist mit der Mitteilung an die Gläubiger. Sind mehrere Mitteilungen an die Gläubiger ergangen, so läuft die Frist vom Tage der ersten Mitteilung an (77). Hat die Mitteilung die Gläubiger nicht erreicht, so ist es an ihnen, den Beweis dafür zu erbringen (78). Bei später fällig werdenden Forderungen, d.h. nach der Veräußerung und somit auch nach der Bekanntmachung, beginnt die Haftung des Veräußerers mit dem Zeitpunkt der Fälligkeit der Forderung (79).

73) Art. 143 ff. OR. Vgl. vorne 72/73.

74) Domke a. a. O. 84/85.

75) Vgl. dazu Bühler a. a. O. 44.

76) Art. 75 OR.

77) Treadwell a. a. O. 75; Des Gouttes a. a. O. 111.

78) Hasler a. a. O. 137.

79) Art. 181 OR II in fine.

b) Die Haftung des Vermögensveräußerers den Gläubigern gegenüber dauert zwei Jahre. Nach Ablauf dieser Frist wird der Veräußerer von seiner Schuldpflicht gänzlich befreit. Diese Befreiung hat aber nur dann Gültigkeit, wenn der Gläubiger während der Dauer der zweijährigen Frist gegen den Veräußerer nicht Betreibung oder Klage erhebt (80). Folgerichtig geht die Forderung des Gläubigers unter, wenn er sie nicht während der Dauer der zweijährigen Frist geltend macht. Es handelt sich somit bei dieser Frist des Art. 181 OR um eine Ausschlussfrist (Verwirkungsfrist) (81).

3. Umfang der Haftung des Veräußerers

a) Die Antwort auf die Frage, wofür der Veräußerer nach der Vermögensübergabe einzustehen hat, ergibt sich aus den bisher gewonnenen Erkenntnissen unserer Arbeit. Wie beim Erwerber eines Vermögens, erstreckt sich auch die Haftung des Veräußerers auf alle diejenigen Schulden, die mit dem Vermögen in einem inneren Zusammenhang stehen (82). So bleibt namentlich der Veräußerer eines Geschäftes Schuldner für alle im konkreten Geschäftsbetrieb eingegangenen Verbindlichkeiten. Bedingung für die Gültigkeit den Gläubigern gegenüber ist nur, dass diese Verbindlichkeiten im Zeitpunkt der Mitteilung an die Gläubiger bereits bestehen (83).

b) Während der zweijährigen gesetzlichen Frist haftet der Veräußerer mit seinem ganzen Vermögen, also auch mit seinem gesamten Privatvermögen. Eine Beschränkung der Haftung ist nach den Grundsätzen der Vertragsfreiheit möglich. Eine derartige Beschränkung hat aber nur interne Wirkungen zwischen Veräußerer und Uebernehmer (84).

Den Gläubigern gegenüber bleibt der Veräußerer dermassen verpflichtet, wie er es vor der Veräußerung war. Folgerichtig bleiben die Sicherheiten des Veräußerers, insbesondere Bürgschaften und von Dritten bestellte Pfänder, trotz dem Eintritt in ein Solidarschuldverhältnis bestehen (85).

80) v. Tuhr a.a.O. II 848 N 140; Becker a.a.O. Art. 181 N 29; Des Gouttes a.a.O. 109.

81) Dass es sich nicht um eine Verjährung handeln kann, beweist die Tatsache, dass bei der Verjährung Ansprüche in Frage stehen, bei denen vermutet wird, dass sie schon seit längerer Zeit erloschen sind oder nie bestanden haben. Vgl. v. Tuhr a.a.O. II 655. Es ist eindeutig, dass dies für unseren speziellen Fall nicht zutrifft. Vgl. dazu BGE 61 II 154; 55 II 17; 41 II 303; BlZür 33 N 105, 237; 37 N 178, 357. Ebenso v. Tuhr a.a.O. II 604 N 11 und 848; Becker a.a.O. Art. 181 N 29; Des Gouttes a.a.O. 110; Bühler a.a.O. 44 ff. kommt in seiner ausführlichen Gegenüberstellung von Verwirkung und Verjährung zu demselben Resultat. A. M. ist Treadwell a.a.O. 75, der Verjährung annimmt, ohne aber dafür eine Begründung zu geben.

82) Vorne 47 und 58/59.

83) Becker a.a.O. Art. 181 N 27.

84) Vgl. dazu auch BGE 60 II 104/105.

85) Becker a.a.O. Art. 181 N 27; Des Gouttes a.a.O. 109; Vaucher a. O. 99.

III. Haftentlassung des Veräusserers

Die zweijährige Frist, während der Veräusserer und Uebernehmer solidarisch haften, besteht im Interesse der Gläubiger. Nach Ablauf dieser Frist wird der Veräusserer aus seinem Haftungsverhältnis entlassen. Dieses Ausscheiden des Urschuldners aus dem Schuldverhältnis bedeutet für den Gläubiger keine Härte. Während der zweijährigen Frist ist es ihm wohl möglich, eine Abklärung seiner Ansprüche herbeizuführen (86). Es steht den Gläubigern frei, vor Ablauf der zweijährigen Frist mit dem Uebernehmer eine privative Schuldübernahme im Sinne von Art. 176 OR zu vereinbaren. Dadurch wird der Veräusserer von seiner Schuldpflicht befreit, d. h. das zwischen Veräusserer und Uebernehmer bestehende Solidarschuldverhältnis geht unter (87).

Der Veräusserer kann vor Ablauf der zweijährigen Frist aus seinem Haftungsverhältnis entlassen werden, wenn der Gläubiger auf die Haftung verzichtet. Diese Verzichtserklärung ist aber keine einseitige Willensäußerung des Gläubigers. Sie stellt sich dar als ein formloser Vertrag zwischen Gläubiger und Veräusserer. Es ist dies der Erlass im Sinne von Art. 115 OR (88).

86) Becker a. a. O. Art. 181 N 28.

87) Hasler a. a. O. 139; Bühler a. a. O. 43; v. Tuhr a. a. O. II 848.

Folgerichtig gehen auch Bürgschaften und von Dritten bestellte Pfänder unter (Art. 178 II OR).

88) Vgl. v. Tuhr a. a. O. II 848 und 485 N 29; Bühler a. a. O. 44.

LEBENS LAUF

Ich wurde am 25. Juli 1924 in Naters bei Brig, Kt. Wallis, geboren. Die Primarschulen besuchte ich in Brig und Chur. An der bündnerischen Kantonsschule in Chur absolvierte ich das Gymnasium, das ich im Sommer 1943 mit der Maturität abschloss. Im Herbst 1943 immatrikulierte ich mich an der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Hier verbrachte ich den grössten Teil meiner Studienzeit. Vorübergehend hielt ich mich während 2 Semestern in Genf auf, wo ich mich neben juristischen Studien an der Dolmetscherschule sprachlich weiterbildete. Mein Studium ist durch häufigen Militärdienst unterbrochen worden. Am 14. Juni 1952 bestand ich die mündliche Doktorprüfung.

